

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPÉCIALITÉ DROIT INTERNATIONAL

Par **Cheikh Lo FALL**

**La protection juridique des investissements directs
étrangers dans les pays en développement :
l'exemple de l'Afrique de l'ouest.**

Sous la direction de Madame le Professeur **Leila LANKARANI**

Soutenue le 28 novembre 2018

Membres du jury :

Leila LANKARANI

Professeur de droit public à l'Université de Bourgogne Franche Comté, **Directrice**

Alioune Badara FALL

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

Sabrina ROBERT – CUENDET

Professeur de droit public à l'Université du Maine Le Mans, **Rapporteur**

Walid BEN HAMIDA

Maitre de conférences HDR droit privé l'Université d'Évry Val - d'Essonne, **Rapporteur**

Pierre François LAVAL

Professeur de droit public à l'Université d'Orléans, **Examineur**

DEDICACES

A MON PERE CHEIKH FALL

A MA MERE FATOU KANE

MES DEUX PARENTS A QUI JE DOIS TOUT

A TOUS MES SŒURS ET FRÈRES

POUR LEURS PRIÈRES, CONSEILS ET ENCOURAGEMENTS

JE DEDIE CE TRAVAIL.

REMERCIEMENTS

Ce travail de recherche est rendu possible grâce à l'aide et au soutien scientifique, morale et matériel d'un certain nombre de personnes à l'endroit desquelles nous témoignons notre reconnaissance.

Les mots me manquent pour remercier vivement et très chaleureusement la professeur Leila LANKARANI pour avoir accepté de diriger ce travail. Ses conseils méthodologiques, sa capacité pédagogique, sa rigueur et la justesse de ses orientations m'ont permis d'apprendre beaucoup dans les sciences juridiques durant toutes ces années de collaboration.

Mes remerciements à mon frère Ababacar FALL pour son soutien et ses encouragements multiformes.

A Mme Sindy JACQUOT et à M. Meïssa DIAKHATE directeur de cabinet du ministre de la justice du Sénégal pour l'aide à la documentation.

J'associe à ces remerciements le personnel des représentations diplomatiques et consulaires du Nigéria, du Ghana, de la Guinée, et du Mali pour avoir acceptés de nous entretenir sur l'environnement des investissements et les politiques mises en œuvre dans leurs pays respectifs pour la protection et la promotion des investissements étrangers.

Mes remerciements vont aussi aux administrations publiques qui s'occupent des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest (Cote d'Ivoire, Ghana, Sénégal, Mali, Guinée) pour l'aide documentaire précieuse et les conseils apportés pour faciliter cette recherche.

J'associe enfin à ces remerciements l'ensemble du personnel des bibliothèques de l'Université de Bordeaux, du Laboratoire de recherche CRDEI de l'Université de Bordeaux, de l'Université Paris 1 Sorbonne Cujas, du Centre Pompidou et de l'IHEI de Paris II Assas.

Sommaire

DEDICACES	3
REMERCIEMENTS	4
Sommaire	5
SIGLES ET ABREVIATIONS	7
PROPOS LIMINAIRES.....	9
AVERTISSEMENTS.....	10
Introduction générale.....	11
Première partie : La protection juridique individualisée et internationalisée des investissements étrangers dans les pays d’Afrique de l’ouest.....	48
Titre 1 : Les marqueurs de la dualité entre l’héritage Tiers-mondiste et la volonté de pragmatisme à l’échelle universelle	52
Chapitre 1 : Un marqueur de la protection des investissements étrangers dans les pays d’Afrique de l’ouest : l’héritage Tiers-mondiste.	56
Chapitre 2 : Le pragmatisme pour la protection : l’adhésion aux instruments universels de protection des investissements étrangers	100
Titre 2 : L’attraction finale du développement vers et à par la protection juridique des investissements étrangers par les instruments nationaux et bilatéraux	160
Chapitre 1 : Les instruments juridiques nationaux de la protection : les codes des investissements et sectoriels	162
Chapitre 2 : Les instruments bilatéraux de protection : les T.B.I.	288
Conclusion de la première partie :	354
DEUXIEME PARTIE : L’émergence de la protection communautarisée et institutionnalisée des investissements et les nouvelles techniques nationales d’attraction des pays d’Afrique de l’ouest.....	358
TITRE 3 : La volonté d’harmonisation de la protection substantielle communautaire des investissements au niveau de la zone CEDEAO	360
Chapitre 1 : La communautarisation de la protection par l’acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d’investissement et de leurs modalités d’application au sein de la CEDEAO	364
Chapitre 2 : Le renforcement de la communautarisation et l’harmonisation de la protection dans le cadre des investissements extractifs et le nouvel enjeu du code communautaire des investissements	406

Titre 4 : L'émergence de nouveaux acteurs et cadres institutionnels et de protection de l'investissement étranger en Afrique de l'ouest	511
Chapitre 1 : Le rôle des Organisations Internationales économiques et des acteurs institutionnels internes dans la protection	513
Chapitre 2 : Les nouvelles techniques juridiques face aux nouveaux enjeux et défis liés à la protection des investissements étrangers dans la sous région	549
Conclusion de la deuxième partie.....	599
Conclusion Générale	601
Références Bibliographiques.....	605
Tables des matières	661
Annexes	661

SIGLES ET ABREVIATIONS

AFDI : Annuaire français de droit international

AGCS : Accord général sur le commerce des services

AMGI : Agence Multilatérale de Garantie des Investissements

ALENA : Accord de libre échange Nord- américain

AMI : Accord Multilatérale sur l'Investissement

APIX : Agence Nationale pour la Promotion des Investissements et des grands Travaux du Sénégal

BAD : Banque Africaine de Développement

BIRD : Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement

BM : Banque Mondiale

BRVM : Bourse régionales des valeurs mobilières

CEDEAO : Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest

CEPICI : Centre de Promotion des Investissements de la Côte d'Ivoire

CCI : Chambre de Commerce International de Paris

CIJ : Cour Internationale de Justice

CIRDI : Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements

CIRDI ARB : Numéro d'affaire arbitrale CIRDI

CJUE : Cour de Justice des l'Union Européenne

CNRS : Centre National de Recherche Scientifique

CNUCED : Conférence des Nations-Unies sur le Commerce et le Développement

CNUDCI : Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International

CI : Code des Investissements

CM : Code Minier

CP : Code pétrolier

CPA : Cour Permanente d'Arbitrage

FMI: Fonds Monétaire International

ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes

ICSID Rev- FILJ: ICSID Review- Foreign Investment Law Journal

IALR: International Arbitration Law Review

JWIT: Journal of World Investment and Trade

MIGA : Multilateral Investment Guarantee Agency

NOEI : Nouvel Ordre Économique International

OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Économique

OHADA : Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique

OMC : Organisation Mondiale du Commerce

ONU : Organisation des Nations Unies

ONUDI : Organisation des Nations-Unies pour le développement industriel

OPEP : Organisation des pays exportateurs de pétrole

ORD : Organe de Règlement des Différends

PED : Pays en Développement

PVD : Pays en Voie de Développement

PD : Pays Développés

PNUD : Programme des Nations-Unies pour le développement

PETROSEN : Société Nationale Des Pétroles Du Sénégal

RCADI : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye

Rev. Arb. : Revue de l'arbitrage

RBDI : Revue Belge de Droit International

RIDC : Revue Internationale de Droit comparé

RIDE : Revue Internationale de Droit Économique

RGDIP : Revue Générale de Droit International Public

TBI : Traité Bilatéral d'Investissement

UEMOA : Union Économique et Monétaire Ouest Africaine

UA : Union africaine

UE : Union européen

PROPOS LIMINAIRES

Ce travail de recherche sur les investissements dans les pays en développement se veut une contribution à l'étude et à l'évaluation des régimes de protection des investissements en Afrique de l'Ouest dans les cadres national, bilatéral, régional et international.

Loin d'être exhaustif, il constitue une modeste contribution à la réflexion sur le meilleur système de protection juridique en vue d'atteindre l'objectif de la globalité afin de préserver les intérêts de tous les acteurs particulièrement les États d'accueil. De même la perspective dégagée dans cette thèse, c'est la recherche d'une contribution positive de l'investissement dans le développement économique et social combiné avec le respect de l'environnement dans un contexte international marqué par les préoccupations liées aux changements climatiques.

AVERTISSEMENTS

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux idées et opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions sont à considérer comme propres à leur auteur.

Introduction générale

I-Les Investissements directs étrangers en Afrique de l'ouest : prolégomènes.

A- Importance de l'investissement étranger dans les pays d'Afrique de l'ouest et les différentes approches explicatives.

L'Afrique de l'ouest est composée de quinze (15) Etats¹ situés sur le plan géographique dans la partie ouest de l'Afrique. La région se trouve dans un contexte marqué par différentes particularités.

Au plan politique et institutionnel : les Etats sont très divers : l'évolution des pays est marquée par divers facteurs comme : les changements anticonstitutionnels de gouvernement², la faiblesse institutionnelle, la situation post conflit et la crise sécuritaire notamment dans les Etats enclavés du Sahel³. Sur le plan démocratique et électoral, on note un certain dynamisme du processus avec - dans beaucoup de pays - des alternances politiques régulières et pacifiques. Toutefois, les défis liés à la gouvernance consécutifs à la nature particulière des Etats sont immenses.

Au plan économique : Les pays de la sous région ont le statut de pays en développement et accusent un retard technologique marqué qui justifie le recours à l'expertise étrangère⁴. Longtemps sous programme d'ajustement structurel des institutions de Bretton Woods (Banque mondiale et FMI)⁵, ils connaissent actuellement un retour de croissance économique qui justifie la forte convoitise dont ils font l'objet de la part d'acteurs divers, traditionnels comme nouveau.

Au plan droit et des institutions sous régionales : la région a mis en place en 1975 une organisation sous régionale dénommée CEDEAO qui regroupe l'ensemble de ces pays⁶. L'institution communautaire a pas mal d'acquis à son actif sur le plan de la libre circulation

¹ Il s'agit du Burkina Faso, du Bénin, des Iles du Cap-Vert, de la Côte d'Ivoire, de la Gambie, du Ghana, de la Guinée Conakry, de la Guinée Bissau, du Libéria, du Mali, du Niger, du Nigéria, du Sénégal, de la Sierra Leone, du Togo.

² Désormais interdites, par l'Acte Constitutif de l'Union africaine dont l'art. 4 « Principes » souligne avec force (P) « *Condamnation et rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernement* ». Fait à Lomé (Togo), le 11 juillet 2000.

³ Voir Poreau (B.) « L'action de la CEDEAO Régionalisme et prévention des conflits en Afrique », Paris, éd. L'harmattan, 2017

⁴ Diouf (M.), « *Intégration économique, perspectives africaines* », Dakar, éd. NEA 1984.

⁵ Voir BIRD (1989, novembre). « L'Afrique subsaharienne, de la crise à la croissance durable. Washington Etats-Unis

⁶ Le traité portant création de la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest a été signé le 28 mai 1975 à Lagos (Nigéria) entré en vigueur en juin 1975 après sa ratification par 7 (sept) Etats membres conformément à l'art.62. Les Iles du Cap-Vert n'ont adhéré à l'Organisation Régionale qu'en 1979, alors que la Mauritanie s'en est retirée.

des personnes, des biens et des services⁷. Au plan politique, il y a des progrès relatifs au maintien de la paix et de la sécurité régionale (avec notamment la force d'interposition qu'est l'ECOMOG). Dans le domaine des investissements, il y a l'amorce de la mise en place d'un marché communautaire des investissements, avec la volonté d'harmonisation des législations relatives à l'accueil et la protection des investissements.

L'investissement étranger est un apport de richesses, de capitaux et de savoir faire dont tous les pays en développement, et même développés, cherchent l'accueil, la promotion et la protection. Le contexte socioéconomique des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest avec d'immenses potentialités (aux niveaux extractif, foncier agricole, forestier, hydraulique etc.) et un retard technologique certain ainsi qu'un manque de capitaux, justifient l'importance de recourir à l'expertise étrangère pour le développement. L'importance des investissements étrangers se justifie doublement : en effet, sur le plan interne, l'insuffisance de l'épargne domestique pousse les États de la sous région à recourir à l'apport de capitaux extérieurs pour compenser le développement ; sur le plan externe, l'investissement international, objet de notre étude, a toujours été d'un apport décisif dans le progrès et le développement de beaucoup de pays. Ce concept plus économique que juridique a fait l'objet de beaucoup d'études théoriques et empiriques aux plans économétrique, géopolitique et entrepreneurial. Ce travail de recherche sur la protection des investissements étrangers est consacré entièrement à l'approche juridique. Néanmoins, il serait intéressant à travers un bref aperçu, d'évoquer les approches et les acceptions économiques, géoéconomiques et entrepreneuriales pour souligner l'aspect interdisciplinaire du concept d'investissement.

1- Les explications économétriques

L'investissement direct étranger (IDE) est un phénomène avant tout économique. Ainsi, il serait nécessaire de survoler les principales théories économétriques explicatives de ce concept. Il s'agit ici des explications micro et macro-économiques. L'approche micro-économique de l'IDE s'inscrit dans la volonté de toute firme d'expliquer ses avantages concurrentiels. L'entreprise essaye d'exploiter dans ce contexte l'avantage que constitue le monopole sur un marché domestique. Le cas de la théorie de l'avantage monopolistique par l'organisation industrielle est étudié par Elias Gannagé qui lui donne l'explication suivante : « *La firme, pour investir à l'étranger, doit bénéficier de certains avantages*

⁷ Contrairement à d'autres Organisations régionales africaines, au sein de la CEDEAO la libre circulation des personnes-malgré les insuffisances- est une réalité. Les pays de la sous-région ont mis en place un Tarif extérieur commun, un passeport commun et l'expérimentation de la Carte d'identité CEDEAO. Au niveau judiciaire, l'institution peut se gargariser d'une institution judiciaire communautaire assez dynamique. La Cour de justice de la CEDEAO rend régulièrement des arrêts contribuant par la pratique au dynamisme de l'intégration africaine. Voir Sall (Al.) « *La justice de l'intégration Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA Deuxième édition revue, corrigée et augmentée.* », Dakar, éd. L'harmattan, 2018. Par ailleurs, le droit des Organisations régionales africaines a fait l'objet de nombreuses études et une littérature abondante : Wodié (F.), « *Institutions internationales régionales en Afrique occidentale et centrale* », Paris éd.LGDJ 1970 Zogbelemou (T.) « *Droit des Organisations d'intégration économique en Afrique (CEDEAO-CEMAC-UEMOA-ZMAO)*, » Paris éd. L'harmattan, 2014. ; voir Tall Nourou (S.), « *Droit des Organisations internationales africaines Théorie générale droit communautaire comparé Droit de l'homme, paix et sécurité* », Paris, éd.L'harmattan, 2015.

monopolistiques ou oligopolistique, qui ne sont pas possédés par ses concurrents potentiels locaux. Non point que ces avantages soient suffisants pour investir, mais du moins, ils constituent un préalable nécessaire, sans lequel la pénétration des pays étrangers est difficilement concevable ». ⁸ Parmi les théories explicatives au plan économique, il y a l'aspect de l'échange international qui postule un arbitrage entre un choix d'exportation de produit ou un choix consistant à implanter sur place une unité de production. Cet arbitrage conduit toujours les entreprises à choisir l'option de l'implantation sur place c'est-à-dire par le biais de l'investissement direct étranger en écartant celle d'export pour échapper aux différents obstacles institutionnels, réglementaires, fiscaux et économiques empêchant le commerce, et bénéficiant ainsi aux avantages et facilités prévues par les lois et mesures internes d'investissement :

« La théorie de l'échange international, se fonde sur une série de présomptions strictes, qu'il importe de rappeler. En se limitant à deux pays, deux biens et deux facteurs de production, on suppose : 1) Des régimes de concurrence parfaite sur les marchés des produits et des facteurs. 2) L'immobilité internationale des facteurs de production. 3) La non possibilité d'avoir un renversement dans l'intensité des facteurs de production. 4) Des coûts de transport nuls. 5) Des fonctions de production identique dans les deux pays. 6) des rendements constants à l'échelle, s'exprimant par des fonctions de production homogènes et linéaires. 7) Des fonctions de production et des dotations en facteurs, qui ne varient pas dans le temps. 8) Aucune intervention de la part des autorités sous forme de tarifs, quotas, impôts ou autres réglementations. » ⁹ L'approche micro-économique de l'investissement a aussi reçu beaucoup d'explications théoriques comme les facteurs technologiques et de différenciation des produits pour mettre en évidence l'expansion des multinationales américaines à l'étranger ¹⁰. Il y a aussi la capacité de l'entreprise à investir compte tenu de sa taille et de sa croissance ¹¹ et enfin, le modèle des avantages technologiques liés au cycle de vie du produit fabriqué comme déterminant l'investissement à l'étranger d'un ou des entreprise (s) ¹². L'approche inspirée de l'économie présente la particularité d'études explicatives très riches, variées et élaborées. Dans la suite de cet aspect, il y a l'approche macro-économique qui analyse les impacts ou conséquences de l'investissement direct étranger dans le pays d'accueil de celui-ci et dans le pays d'origine de l'investisseur. Cette approche a été renouvelée par Kojima (1978) qui a démontré l'impact positif de l'IDE sur le pays d'accueil. Ainsi, prenant comme exemple les firmes japonaises, il disait que : *« l'investissement direct japonais, en cherchant à exploiter les avantages comparatifs locaux, transfère un « paquet » technologique et du savoir-faire, améliorant les fonctions de production du pays d'accueil. Ce dernier réexporte vers le pays d'origine investisseur ou vers des pays tiers et l'impact de*

⁸ Voir Gannagé (E) « *Théories de l'investissement direct étranger* ». Préface d'Henri Bourguinat, Paris, éd. Economica, 1984 p.26

⁹ Voir la théorie de l'échange international, dans sa forme neo classique initialement présentée par Heckscher-Ohlin et formalisé par Samuelson et Stolber cité par Gannagé (E) *ibid* p.78

¹⁰ C'est la théorie de Lall (1980) cités par Tersen (D) & Bricout J-L « *L'investissement international* », Paris, éd. A. Colin/Masson, 1996 p.61

¹¹ C'est la théorie développée par l'auteur Horst cités par Tersen & Bricout p. 61 *ibid*

¹² C'est le modèle de Vernon p. 62 *Ibid*

l'IDE est positif sur la balance commerciale du pays d'accueil. »¹³ La quintessence de ces théories économétriques, c'est la différenciation des intérêts. En effet, la théorie micro-économique met l'accent sur l'organisation interne et industriel de la ou des firmes qui ne cherchent que leurs intérêts en maximisant leur gain, alors que la théorie macro-économique de l'investissement étranger suppose un impact positif sur le pays d'accueil du fait d'un apport qualitatif et certain en technologie, en termes de création d'emplois et de formation de la main d'œuvre. Historiquement, la dimension économétrique a pu mesurer de l'importance et de l'impact des IDE pour le décollage de certains pays en développement. Toutefois, l'approche micro et macro-économique, malgré sa pertinence économique pour mesurer l'impact des investissements étrangers, est limitée par la faiblesse institutionnelle, la précarité de la sécurité juridique et la faible capacité d'absorption technologique du pays d'accueil comme c'est le cas en Afrique de l'ouest. Pour comprendre les investissements étrangers dans les pays en développement notamment ceux d'Afrique de l'ouest, l'approche géopolitique est à ne pas négliger pour pouvoir mettre en évidence les motivations et les enjeux des IDE. Parmi les sources de financement du développement en Afrique de l'ouest (aide publique au développement, apports financiers des immigrés) les IDE sont les plus cruciaux (apport en croissance économique, création d'emplois, rentrées fiscales et apport en technologie et techniques de management moderne). A coté de l'analyse économétrique qui a essayé d'expliquer l'efficacité des IDE par la recherche d'avantages concurrentiels et l'impact positif que peuvent avoir les investissements étrangers des firmes multinationales¹⁴ pour un pays, il y a d'autres approches à ne pas négliger pour connaître les tenants et aboutissants des IDE dans les pays comme ceux d'Afrique de l'ouest : il s'agit de l'approche géoéconomique.

2- Approche géoéconomique des investissements directs étrangers en Afrique de l'ouest

Les pays d'Afrique de l'ouest ont des marchés domestiques faibles et fragmentés, un retard technologique certain. Le processus de mondialisation économique est marqué par une concurrence farouche en vue de conquérir les marchés et l'accès aux ressources. Dans un tel contexte, l'investissement étranger à destination des pays en développement et particulièrement africain revêt en enjeu géoéconomique et géopolitique¹⁵ certain. L'approche

¹³ Voir Tersen & Bricout p. 65 ibid

¹⁴ Voir les nombreuses études sur la question : Rioux (M.) « Théorie des Firmes multinationales et des réseaux économiques transnationaux », in « *L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* » Sd de Mathieu Arés & Boulanger Eric. Bruxelles, éd. Bruylant, 2012. Pp.41-82. ; voir aussi El Mouhoud Mouhoud « Mondialisation et délocalisation des entreprises », Paris, éd.La Découverte, 2008. ; voir aussi Mucchielli, J.-L., « avantages compétitifs, comparatifs et stratégiques dans la théorie de la firme multinational », in « *Investissement international et dynamique de l'économie mondiale* » sd.Humbert (M.), Paris, éd. Economica, 1990, pp.77-94 voir l'étude de l'OCDE « Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux », Paris, 4^e édition, 2010. Voir aussi Hatem (F.), « *investissement international et politiques d'attractivité* », Paris, economica, 2004.

¹⁵ Approche développée par le Colloque « *investissement international et dynamique de l'économie mondiale* » à l'initiative de : Marc Humbert , Paris, éd. Economica, 1990 partie 2 « Approche géopolitique » Elle se fonde entre autres sur « les stratégies de l'investissement direct japonais » par Phillipe Saucier ; « Les sociétés mixtes Ouest-Est » par Marie Lavigne ; « L'ouverture du tiers-monde socialiste aux investissements directs étrangers » par Wladimir Andreff ; « Les investissements originaires de pays du tiers monde : l'exemple des groupes coréens » par Julien Savary pp.327-393

géopolitique est importante pour connaître et mesurer l'influence des divers acteurs régionaux et internationaux qui investissent en Afrique de l'ouest et leur motivation et influence réelle. Trois stratégies d'approche d'acteurs seront analysées ici :

- Approche traditionnelle : Les pays développés émetteurs d'IDE:

Elle est celle de l'Europe et de l'Amérique du Nord. Historiquement, les investissements directs étrangers en Afrique de l'ouest sont le fait des pays avancés à la recherche de marchés, mais surtout de matières premières¹⁶. Il s'agit de l'Europe occidentale¹⁷, le cas spécifique de la France¹⁸ et l'Amérique du Nord.¹⁹ L'approche des pays avancés de l'OCDE est une approche fondée historiquement sur la proximité géographique, linguistique, la recherche et l'accès aux matières premières dont la région est richement dotée²⁰. Cette approche loin d'être décadente, est supplantée par une nouvelle qui consiste pour l'Union Européenne et les États-Unis d'accéder au marché de consommation futur que sera l'Afrique à moyen et long terme. Elle est sans cesse renouvelée pour contrer l'influence d'autres acteurs et surtout en vue de maîtriser l'immigration africaine potentielle sur le marché européen. La force de cette approche européenne : c'est la proximité culturelle des deux aires géographiques : proximité linguistique, relations multiséculaires et connaissance culturelle réciproque. Concernant toujours cette approche, les Américains et les canadiens se distinguent par une vision pragmatique des IDE et du commerce qui est fondée plus sur le secteur privé et sur l'énergie pour les États-Unis²¹ et les ressources minières pour le Canada.²² La faiblesse de l'approche géopolitique des investissements directs étrangers européens et nord américain, c'est la vision, d'une certaine manière, court termiste et assez alarmiste de l'Afrique de la part des élites de ces pays (personnel politique, monde des affaires et même parfois certains scientifiques). Le

¹⁶ « *Le monde Manuel de géopolitique et de géoéconomie* » coordonné par Gauchon P., Paris éd. PUF, 2008 p.609 et s.

¹⁷ Voir Gauchon P. Hamon D. et Mauras A. « *La Triade dans la nouvelle économie mondiale* » 4^e éd. Entièrement mise à jour, Paris éd.PUF, 2002 p.462

¹⁸ Voir Tersen D. Bricourt Luc-J. « *L'investissement international* », Paris éd. A. Collin/Masson 1996 chapitre 5 « L'internationalisation des entreprises françaises » p.p. 97-118

¹⁹ Voir « *Le monde Manuel de géopolitique et de géoéconomie* » Coordonné par Pascal Gauchon, Paris éd. PUF, 2008 p. 709

²⁰ Voir Canale-Suret J. « *Afrique et capitaux Géographie des capitaux et des investissements en Afrique tropicale d'expression française* », Paris, éd. L'Arbre verdoyant Editeur 1987, tome 2 p. 463

²¹ Les États Unis d'Amérique constituent un modèle de promotion des investissements étrangers de par la particularité des modèles de traités qu'ils signent voir « Les nouveaux modèles de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : exemples des modèles américain(2004) et canadien(2005) » pp. 139-151 » in « *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre* » Actes du Colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, Sd de F. Horchani publié aux éditions A. Pedone, Paris, septembre 2006, voir aussi Juillard (P.) « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004) », AFDI 2004, pp.669-682 ; voir aussi Gagné (G.) « L'évolution de la politique américaine en matière de protection de l'investissement étranger » pp.225-240 in « *L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* », Sd Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant, 2012. Les Etats-Unis accordent une grande importance à la dimension énergétique.

²² Le Canada est important investisseur en Afrique. Notamment dans les actifs miniers- une spécialité canadienne- où ces firmes extractives détiennent des actifs très importants. Voir Coté Emmanuel-(C.) « Le Canada et l'investissement direct étranger : entre ouverture et inquiétude » in « *L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* », SD Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant, 2012 pp.241-313 ibid

court termisme dont fait preuve le monde des affaires et des investisseurs risque de les faire priver un futur un espace actuel et futur unique au monde en réserve de développement. C'est la raison pour laquelle, cette vision des investissements de la part de l'Union européenne doit évoluer et prendre en compte les nouvelles dynamiques économiques, commerciales et démographiques de la nouvelle Afrique. Par conséquent, l'approche traditionnelle des investissements-fondée sur la conditionnalité démocratique et renforcement institutionnel, doit aussi s'inscrire dans une approche plus large plus globale fondée sur le renforcement du processus démocratique, l'amélioration continue du cadre juridique, mais surtout procéder à un partenariat de coprosperité entre deux zones géographiques que le destin a choisi d'unir. La nouvelle approche, qui témoigne la forte convoitise et les enjeux économiques dont l'Afrique fait l'objet, c'est l'irruption des investissements directs étrangers des grands pays émergents.

- **Approche nouvelle** : Les grands pays émergents²³ :

Traditionnellement seuls les pays avancés de l'OCDE étaient capables de soulever d'importants moyens pour conquérir des marchés, implanter des entreprises dans les pays en développement ou extraire des ressources naturelles. Mais à la faveur de la montée en puissance de certains grands pays du Sud, l'Afrique fait l'objet d'une convoitise sans précédent de la part de ces nouveaux venus pour ses ressources et son marché potentiel futur.²⁴ Ainsi, les pays du BRICS²⁵, particulièrement la Chine²⁶ ont des pratiques et des modalités d'investissements particuliers²⁷ accompagnées par la tenue de rencontres et de forums de coopérations réguliers.²⁸ En effet, contrairement aux pays avancés de l'OCDE dont

²³ Voir Nations-Unies Commission économique pour l'Afrique Addis-Abéba, 2013 « Coopération entre les BRICS : conséquences sur la croissance, l'emploi et la transformation structurelle en Afrique » 49p. Parle de « logiques commerciales et d'investissements dans leur approche de l'Afrique » <https://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/22294/b10789455.pdf?sequence=1> consulté le 9 juillet 2018.

²⁴ Voir Boillot Joseph-J. Dembinski S. « *La Chine, l'Inde et l'Afrique feront le monde de demain* », Paris éd. Odile Jacob, 2014, p.p. 113-124

²⁵ Les IDE étaient toujours monopolisés par la triade développée Amérique du Nord, l'Europe de l'Ouest et le Japon. Ces trois pays concentraient les principaux flux. L'émergence des IDE Sud-Sud est entrain de changer la donne : « *Au milieu des années 2010 près de 40% des sorties mondiales d'IDE venaient des pays du Sud contre 10% seulement au début des années 2000*(CNUCED, 2016). *Le Sud investit le Sud. Cette tendance est profonde.* » Voir Jacquemot P. « *Le dictionnaire encyclopédique du développement durable* », Paris éd. Sciences Humaines éditions, 2017 p.387

²⁶ Voir Degans A. « Les pays émergents : de nouveaux acteurs BRIC's : Brésil, Russie, Inde, Chine...Afrique du Sud », Paris éd. Ellipses Editions Marketing, 2011 p.66 voir aussi Larcon Paul-(J.) « *Les Multinationales chinoises* », Paris, éd.ESKA, 2009

²⁷ Ces investissements sont « *fournis sous forme de packages deals, sorte de contrats de troc négociés d'Etat à Etat combinant investissements publics, semi-publics et privés, aides directes et dons, prêts concessionnels ou non, appuis techniques ou financiers, soutient aux entreprises chinoises et africaines.* », voir Delcourt L. « La Chine en Afrique : enjeux et perspectives », in « *La Chine en Afrique menace ou opportunité pour le développement ? Points de vue du Sud* Revue Alternative Sud vol.18-2011/7, p.15

²⁸ Il s'agit de rencontres régulières dans le cadre du Forum de coopération Chine-Afrique(FOCAC) des hauts dirigeants des deux parties depuis 2000 « *des sommets se déroulent tous les trois ans : en 2000 à Pékin, en 2003 à Addis-Abéba. L'une de ses plus grandes manifestations a eu lieu en 2006 à Pékin où se sont réunis 48 grands responsables et où les promesses de la Chine colossales. En 2009, le forum reprend à Charm el-Cheikh, en Egypte, en 2012 à Pékin et en 2015 au Cap en Afrique du Sud avec l'engagement d'investir 58 milliards de dollars en 3 ans sur des projets de développement* » voir Chancel (C.) « Chine et Afrique en devenir :

les entreprises ont une appréhension plus développée envers le risque et la conflictualité, les pays du BRICS s'accommodent -d'une certaine manière- d'un environnement juridique précaire ou dégradé. Si les firmes transnationales des pays de l'Union européenne et d'Amérique du Nord vont souvent là où tout est parfait- sur le plan législatif et réglementaire, pouvoir d'achat assez important, infrastructure de bonne qualité et main d'œuvre compétente-, les nouvelles grandes entreprises des puissances du Sud ont des pratiques d'affaires dans des zones conflictuelles ou extrêmement risqués en Afrique. Les nouveaux venus comme émetteurs d'investissements font de l'Afrique un terrain d'expérimentation pour leurs produits manufacturiers, leur statut de néo puissance et pour la recherche d'alliés. Les investissements étrangers de ces pays ont une vision à moyen et surtout long terme qui consiste à anticiper le développement futur de ces marchés²⁹. En effet, les puissances industrielles asiatiques ont trouvé en Afrique un marché adapté à leurs investissements et leur stratégie à bas coût. Le résultat de ces différents modèles d'investissement est l'existence d'un conflit d'approche entre le traditionnel marché d'émetteur d'IDE en Afrique (l'Europe et l'Amérique du Nord), qui mettent l'accent sur des investissements de qualité, sur un environnement juridique respectueux de la propriété et non discriminatoire et sur le respect des normes environnementales et sociale qui régissent l'activité des investisseurs, et le nouveau marché émetteur d'IDE que constituent les pays du BRICS, qui ont des modèles de pratiques d'affaires sur le pragmatisme, l'accès au marché même au prix d'un cadre juridique et institutionnel dégradé et potentiellement conflictuel. La force de ces nouveaux IDE c'est l'expérimentation d'un partenariat d'un type nouveau c'est à dire une approche des affaires sans complexe qui consiste à anticiper le développement futur des marchés africains, le transfert de technologie et la délocalisation d'entreprises par la mise en place de Zones économiques spéciales (ZES). La faiblesse des IDE des BRICS en Afrique- l'aspect négatif de l'implantation- particulièrement dans sa partie ouest, est la faible prise en compte des préoccupations sociales et environnementales de la part des entreprises de ces pays, le risque des pratiques corruptrices qui est réel et la construction d'infrastructures ou d'ouvrage d'art non solides³⁰. Quoi qu'il en soit, les investissements étrangers de ces pays témoignent de la forte convoitise-pour ces ressources- dont l'Afrique fait l'objet de la part de ces acteurs. Ceci pousse les investisseurs traditionnels (l'Union européenne et les États-Unis) à se repositionner pour ne pas abandonner la nouvelle donne africaine aux nouveaux venus particulièrement à la Chine. La particularité de ces investissements étrangers, c'est qu'au-delà de la conquête du marché africains et l'accès aux ressources naturelles, vise à éteindre le modèle du capitalisme

tradition, expansion, transition » pp.161-175 in « *L'Afrique face aux pays émergents : vers des relations renouvelées ?* », Paris éd. L'harmattan & EME Editions, 2017, p.163

²⁹ L'Afrique a une population de 1.200 millions d'habitants qui atteindra 2.200 milliards en 2050 et 4 milliards d'être humains en 2100, la Banque africaine de développement anticipe ses transformations qui nécessitent des investissements colossaux de la part des gouvernements locaux -à qui incombent le développement -et les investisseurs étrangers, en élaborant dans futurs africains les cinq high. Il s'agit : « 1) d'éclairer et électrifier l'Afrique ; 2) nourrir l'Afrique ; 3) industrialiser l'Afrique ; 4) intégrer l'Afrique ; 5) Améliorer la qualité de vie des populations en Afrique » voir Rapport du groupe de la BAD Futurs africains vol.1-2018 « Le chemin vers les high » janv.2018, 117 p., p.13
https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/FUTURS_AFRICAINS_2018_vol.1.pdf

³⁰ Point de vue exprimé par Philippe Hugon « *Nombreux effets pervers : primarisation des économies, effets de maladie hollandaise, appui à des régimes rentiers, contrats souvent léonins, effet d'enclave et de pollution.* », voir Hugon Ph. « *Géopolitique africaine* », Paris éd. SEDES, 2012 p.317

d'état- qui allie l'État développeur, le libéralisme économique combiné à un régime politique autoritaire- d'où la guerre des consensus au niveau international pour le marché africain. Le grand jeu global qui se joue en Afrique en matière d'IDE n'est pas uniquement celui des acteurs extra africains, il est aussi interne à l'Afrique par le biais des « puissances » nouvelles intra africaines qui ont leurs propres stratégies d'IDE en Afrique, c'est l'approche intrinsèquement africaine.

-L'approche intra africain : celle des « nouvelles puissances » africaines

Elle est le résultant d'une option volontariste et d'audace « l'Afrique investit l'Afrique » Alors que traditionnellement c'était l'inverse, ce sont les autres-pays développés et technologiquement avancés- qui venaient investir sur le continent pour y conquérir des marchés ou y implanter leurs entreprises. Ces investissements d'un type nouveau de par les pays qui les mènent, présentent beaucoup de particularités du fait des secteurs investis et des acteurs qui les mènent. Il s'agit de l'Afrique du Sud la première puissance industrielle du continent³¹, le Nigéria devenue récemment la première économie de l'Afrique³² et du Royaume du Maroc qui a une véritable stratégie africaine.³³ Il faut dire que dans le contexte africain composé essentiellement de pays importateurs de capitaux, les IDE des pays du continent démontrent une volonté de la part de ces pays d'Afrique « nouveaux exportateurs de capitaux en Afrique » de jouer au locomotive et d'entraîner le reste de leur sous-région.

La force de l'approche intra africaine : c'est la démonstration d'une volonté intra africaine de s'en sortir et de montrer l'exemple de pays avant tout africain mais il y a aussi un effet d'entraînement psychologique à travers l'émergence de capitaines d'industrie locaux et enfin une prélude pour des partenariats forts et gagnant – gagnant avec des investisseurs étrangers.

³¹ L'Afrique du Sud a longtemps une tradition d'investissement dans les pays d'Afrique et particulièrement en Afrique australe. Ses grandes firmes extractives-De Beers secteur diamantifère, Anglo platinum leader mondial de la platine et Anglo Gold Ashanti leader mondial de secteur aurifère- sont très actives et implantées dans pratiquement tous les pays africains dotés de ressources minières. Le secteur des services s'implantent dans beaucoup de pays d'Afrique : à l'image du MTN qui évolue dans le secteur des Telecom présent dans plusieurs pays d'Afrique de l'ouest. L'Afrique du Sud a un modèle et des pratiques d'implantation et d'internationalisation de ses entreprises similaires aux grands pays avancés exportateurs de capitaux avec le soutien d'une structure officielle chargées de la couverture des risques non commerciaux et de l'accompagnement et du soutien des banques. Voir (OCDE 2015), « *études économiques de l'OCDE Afrique du Sud* », OCDE publication Paris juillet 2015, 62 p. www.oecd.org/ft/eco/etudes/Afrique-du-Sud-synthese-2015.pdf

³² Le Nigéria est devenu la première économie africaine : puissance démographique avec une population de 180 millions d'habitants, deuxième réserve de pétroles après la Lybie avec 37 milliards de barils. Il essaie d'adopter une stratégie d'investissement intra- africain avec les services (banques, assurances et les Télécoms) et le secteur de la cimenterie avec Dangote Cement de la firme d'Aliko Dangote l'homme le plus riche d'Afrique. Voir Cabinet Roland Berger « Investir en Afrique mythes et réalités » mars 2017, 36 p. « Nigéria » p. 18 et s. https://www.rolandberger.com/tab_investir_en_afrique_roland_berger.pdf

³³ Le Maroc est devenu actuellement un émetteur très important dans le contexte africain. Le Royaume chérifien déploie une véritable stratégie africaine à travers des investissements axés sur la banque, les assurances, le secteur des Télécoms, les phosphates et la construction etc. Elle est plus présente dans les pays francophones, mais de plus en plus dans les pays anglophones (Nigéria accord pour l'implantation d'usines de transformation d'engrais dans le sud du pays. Ethiopie où l'Office Chérifienne de Phosphate OCP a signé un accord pour la construction d'un complexe de transformation de fertilisants d'engrais à 2,2 milliards d'euros sur 5 ans. Cet investissement est le plus grand jamais réalisé auparavant par le Maroc à l'extérieur. Voir l'étude sur la diplomatie économique du Royaume chérifien en Afrique : Institut Royal des études stratégique. Rapport général de l'étude thématique « *Les relations Maroc-Afrique : les voies d'une stratégie globale et renouvelée* » novembre 2012, 125 p. p.40 et s. www.ires.ma/wp-content/uploads/2016/12/RAPPORT_AFRIQUE.pdf

Les IDE réalisés par les « puissances » africaines, s'inscrivent dans une volonté des grandes entreprises issues de ces pays de se « continentaliser » c'est-à-dire après avoir réussi sur leur marché local, elles sont obligées d'étendre leurs activités dans les autres pays d'Afrique pour gagner en part de marché et concurrencer les firmes transnationales extra-africaines. Ce qu'on peut noter et souligner, c'est que les grands investisseurs extra-africains-qui traditionnellement dominaient les marchés africains- et les puissances émergentes du Sud,- eux aussi de plus en plus très présentes sur le marché africain (commerce et investissement), devront compter désormais avec l'émergence certes timides de multinationales panafricaines qui se projettent à l'échelle du continent avec de gros investissements.

L'aspect négatif des IDE, c'est le difficile apprentissage en matière d'investissement et les entreprises africaines, sur plusieurs aspects, ne sont pas différentes des autres investisseurs étrangers en matière de pratiques d'affaires. Celles-ci vont des pratiques corruptrices, au non respect des lois et normes sociales et environnementales.

Le bref panorama géoéconomique de l'investissement étranger en Afrique de l'ouest montre que tous les acteurs- traditionnels comme nouveau- ont en commun deux choses : l'accès aux ressources minières/énergétiques et la recherche de marchés pour consolider leur puissance industrielle. Néanmoins, malgré ces similitudes, on peut noter des objectifs et des stratégies différents : en effet, pour les investisseurs des pays traditionnellement développés de l'UE et les États-Unis, il s'agit de préserver leurs acquis sur ces marchés. Les entreprises des pays de l'OCDE ont une expérience et de longues pratiques en matière du respect des normes sociales et environnementales avec une démarche RSE solidement intégrées dans leurs pratiques à l'international, alors que les puissances émergentes- à travers l'expérience de la projection- procèdent à des investissements étrangers pour étendre et consolider leur puissance naissante. Sur ce point, le cas de la Chine est fort édifiant. L'aspect politique et géostratégique des IDE chinois en Afrique sont manifestes : en effet, outre les matières premières et l'anticipation du développement du marché africain, la Chine laisse clairement transparaître les motivations politiques de son implantation en Afrique qui consiste à isoler Taiwan³⁴ et chercher des alliés. Quoi qu'il en soit, l'Afrique, particulièrement sa partie ouest, constitue déjà et constituera à coup sûr un terrain de bataille entre différents investisseurs étrangers pour le contrôle de ses ressources et de son marché d'où l'impérieuse nécessité pour les pays d'Afrique de l'ouest de renforcer leurs capacités institutionnelles en matière de négociation de gros contrats et surtout mettre sur pied un cadre législatif et réglementaire ultra protecteur de leurs intérêts majeurs et légitimes et ceux des investisseurs étrangers. La dernière approche introductive à étudier dans le cadre de cette recherche, est l'approche liée à la petite entreprise.

3- Approche liée à la petite entreprise

³⁴ La motivation géostratégique transparaît dans la projection chinoise en Afrique. Certes, ce pays veut gagner en part de marché et écouler ses produits et accéder aux ressources extractives africaines, mais l'aspect diplomatique prioritaire n'est pas à négliger. Pékin a largement réussi à battre et neutraliser l'Île rebelle de Taiwan : désormais sur 54 États africains, seul le Royaume du Swaziland a encore officiellement des relations diplomatiques avec Taiwan.

L'approche intrinsèque à la petite entreprise est une approche intéressante. En effet, en Afrique de l'ouest, parler de l'investissement direct étranger - protection et promotion dans les instruments internes - a toujours été et est synonyme de grands investissements extractifs ou de domaine des infrastructures structurantes faites par les firmes transnationales. Cette approche a motivé pendant longtemps les dynamiques de l'investissement et leurs réglementations. Ainsi poussée jusqu'au bout, cette conception n'a pas permis une promotion des investissements étrangers et leurs impacts positifs, car l'approche méga IDE avec le partenariat État d'Afrique de l'ouest et grandes entreprises étrangères n'a pas eu tous les impacts escomptés en termes technologiques et effet d'entraînement pour le reste de l'économie. Même si il faut le dire, les firmes transnationales et les PME-PMI ne sont pas incompatibles et sont très liées souvent.³⁵ L'accent dans cette approche est mis sur le dynamisme interne des PME-PMI qui les pousse à explorer et investir dans les pays en développement.³⁶

Ce modèle d'investissement doit être promu parce qu'elle est plus respectueuse des règles sociales, environnementales et fiscales et souvent l'impact sur l'emploi est réel.

B- La géographie des IDE : un phénomène mondial et pas uniquement africain

Les investissements directs étrangers avec le commerce sont devenus le moteur de la mondialisation économique. Ils sont dominés par des acteurs classiques qui sont traditionnellement les grands pays émetteurs comme les États-Unis, le Japon et les pays d'Europe de l'ouest³⁷, et les nouveaux acteurs qui sont devenus exportateurs de capitaux. La particularité des IDE à l'échelle internationale, c'est que ces pays sont à la fois les plus grands acteurs et en même temps récepteurs d'investissements notamment les États-Unis d'Amérique³⁸. Pendant longtemps, le phénomène a longtemps été caractérisé par une relation horizontale des entreprises du Nord vers les pays du Sud importateurs de capitaux, avant qu'il soit battu en brèche par une nouvelle approche de plus en plus verticale c'est-à-dire que de plus en plus les nouvelles grandes firmes transnationales du Sud investissent dans d'autres pays du Sud et même dans les pays avancés du Nord. Les flux de capitaux par le biais de la création, reprise, d'implantation de diverses natures ou accès aux ressources naturelles et

³⁵ Ici « Deux types de processus paraissent cependant devoir être privilégiés : celui d'accompagnement de la stratégie de la multinationalisation de grandes entreprises, et celui de réactions aux initiatives conduites par les pouvoirs publics pour aider les investissements extérieurs des PME dans certains secteurs et certains pays. » voir Vellas (Fr) & Célimène (F) « L'internationalisation des PME-Pmi » pp. 421-450 in colloque du Greco CNRS-EFIQ « investissements international et dynamique de l'économie mondiale », Paris éd. Economica 1990 p.448

³⁶ Bulher (N), Carrière (D), Petit (G), Stibon J.C. « Les PME françaises et le transfert de technologie dans les PVD », Rapport ministère de l'Industrie, 1980

³⁷ « Depuis le début des années 2010, chaque année les flux d'IDE s'élèvent à environ 1 800 milliards de dollars. 60% sortent des pays développés qui en reçoivent 40%. Inversement pour les pays en développement. Le stock d'investissements directs à l'étranger est de l'ordre de 26 000 milliards de dollars, l'équivalent de 35% du PIB mondial » CNUCED 2016 cité par Jacquemont P. « Le dictionnaire encyclopédique du développement durable », Paris éd. Science Humaines Edition, 2017 p.386 et s.

³⁸ Voir Deblock Ch. « Les États-Unis et l'investissement direct étranger : une histoire à trois temps » pp.153-223 in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » Sd de Mathieu Arés & Boulanger Eric, Bruxelles éd. Bruylant, décembre 2012, p.165

énergétiques et construction de travaux font l'objet de travaux académiques importants et variés,³⁹ et de rapports de la part d'Organisation internationales sur leur mouvement annuel⁴⁰ d'études/pays sur l'environnement des investissements étrangers⁴¹, ainsi que de rapport et de recherche sur la mesure de l'environnement des affaires par l'indice de performance de la Banque mondiale qu'est le DOING BUSINESS.⁴² Dans ce panorama, l'Afrique particulièrement sa partie ouest apparaît comme mondialisée et non mondialisatrice. Autrement dit, les mouvements de capitaux sont dans le sens Nord-Nord et Nord- envers les grands pays émergents et industrialisés de l'hémisphère Sud. Par conséquent, dans l'état actuel de la configuration des IDE dans le monde, l'Afrique de l'ouest apparaît comme une quantité négligeable comparée à d'autres pays riches ou en développement⁴³. La part minime de l'Afrique en matière de réception d'IDE est à appeler à évoluer dans les années à venir, dans la mesure où l'Afrique est la dernière partie du monde en réserve de développement et de croissance, et qu'elle a besoin du concours et de la contribution des investissements et des investisseurs étrangers- technologie, capitaux et savoir- faire-pour transformer son économie. Le contexte de l'Afrique de l'ouest est intéressant à étudier concernant le comportement de ces pays envers la protection des investissements directs étrangers.

³⁹ Voir Abi-Saab G. « La Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » pp. 639-661 in « *Droit international Bilan et perspectives* » Tome 2 Sd de Mohamed Bedjaoui, Paris éd. A. Pedone Unesco, 1991 ; Leben Ch. « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », AFDI-2004 pp.683-730 ; Nouvel Y. « Le développement dans le contentieux transnational de l'investissement » pp.231-244 in SFDI Colloque de Lyon « Droit international et développement », Paris éd. A. Pedone 2015 ; Horchani F. « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », J.D.I.-2, 2004 pp.367-417

⁴⁰ C'est l'Organisme de l'ONU fondé en 1964, -il est chargé traditionnellement du commerce international notamment sur les voies et moyens en vue d'insérer les PED dans le commerce international, des études sur le transport maritime et sur les produits de base,- qui s'en occupe. Voir N-U New York & Genève 2017 Rapport sur l'investissement dans le monde 2017 « *L'investissement et l'économie numérique* » 66 p.

⁴¹ Les Organisations économiques internationales ne se contentent pas uniquement de rendre des rapports annuels, en plus de cela, il procèdent à des études/pays séctoriels ou généraux sur l'environnement des investissements étrangers à la demande des gouvernements Voir N-U CNUCED –Division de l'investissement et les entreprises « Guide de l'investissement au Burkina Faso Opportunités et défis », 2012, 100 p. au : unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d3_fr.pdf, voir aussi N-U New-York et Genève, 2004 CNUCED Division de l'investissement et les entreprises « Guide de l'investissement au Mali Opportunités et conditions », Mars 2004, 72 p. au : unctad.org/fr/Docs/iteia20041_fr.pdf consulté le 03/06/2018 ; voir aussi pour (l'OCDE 2017) « *Agir avec l'Afrique* » décembre 2017, 88 p. spécialement « investissement, échange et connectivité » p.52 et s. au www.oecd.org/global-relations/Agir-avec-Afrique.pdf consulté le 03/06/2018

⁴² Doing Business un rapport publié annuellement par le Groupe de la Banque mondiale depuis 2003(premier rapport) pour mesurer la performance des réglementations des pays du monde à travers « la facilité de faire des affaires ». Cet instrument se base et évalue 11 critères pour analyser les performances de l'environnement des investissements et les aspects de la réglementation qui facilitent ou entravent la création, le fonctionnement ou l'expansion des entreprises du secteur privé. Ces 11 jeux d'indicateurs sont : « *création d'entreprise, obtention d'un permis de construire, raccordement à l'électricité, transfert de propriété, obtention de prêts, protection des investisseurs minoritaires, paiement des taxes et impôts, commerce transfrontalier, exécution des contrats, règlement de l'insolvabilité et réglementation du marché de l'emploi.* » Voir Groupe de la Banque mondiale 2016 Comparaison des réglementations s'appliquant aux entreprises locales dans 190 économies Doing Business 2017 « *égalité des chances pour tous* », 14^e édition 60 p. p.2

⁴³ L'Afrique de l'ouest hormis le secteur extractif n'attire pas encore beaucoup d'IDE. Selon les Nations-Unies : « *les flux à destination des pays en développement s'établissent à 646 milliards de dollars ; les flux à destination de l'Asie en développement à 443 milliards de dollars ; les flux à destination de l'Afrique en 2016 s'établissent à 59 milliards de dollars* » Voir Rapport N-U New York et Genève CNUCED 2017 précité en haut de la page p.11

C- Comportement des pays d'Afrique de l'ouest vis-à-vis de la protection de l'investissement étranger

Les pays en développement d'Amérique Latine⁴⁴, d'Asie⁴⁵ et d'Afrique n'ont pas accordé la même protection ni le même comportement envers les investissements directs étrangers. En effet, les pays d'Asie du Sud ont adopté une stratégie de protection qui consiste à mettre sur pied un environnement juridique où l'investissement étranger devait prioritairement contribuer à un transfert réel de technologie à travers des pratiques d'investissement illustrées par les joint-ventures. Les pays de l'Amérique du Sud, ont une autre conception : elle consiste à adopter une voie et des positions militantes envers les entreprises et des capitaux extérieurs. Cela consiste à adopter le nationalisme juridique radical à travers la doctrine de la Clause CALVO qui consacre et prône la compétence de la loi et des juridictions internes en cas de différends avec les investisseurs étrangers. Les deux conceptions ne sont pas adoptées par les pays d'Afrique de l'ouest. En effet, dans le contexte de l'émancipation juridique des pays en développement importateurs de capitaux à travers les réglementations à orientation tiers mondiste, les pays d'Afrique de l'ouest ce sont toujours illustrés par le pragmatisme et non l'idéologie en ce qui concerne la protection des investissements étrangers. L'adoption des réglementations libérales relatives aux investissements étrangers a été une des marques de ces pays, bref la norme plus que l'exception. Les pays de la sous région ouest africaine n'ont jamais adhéré aux thèses radicales en vogue dans le tiers monde visant à limiter ou interdire les investissements étrangers. Ils ont toujours eu une attitude ouverte voire ouvertement favorable depuis les indépendances (1960) jusqu'à présent. Certes, ils ont joué leur rôle et ont participé au tiers-mondisme triomphant qui a poussé l'adoption de diverses Résolutions à l'ONU relatives à l'instauration d'un Nouvel ordre économique international (NOEI)⁴⁶ et ont

⁴⁴ L'Amérique du Sud a toujours eu dans le passé une conception militante et progressiste envers les investissements étrangers. La protection et la promotion des investissements passent par la compétence des cours et tribunaux internes à l'exclusion des juridictions internationales et à la renonciation de la protection diplomatique. Voir le diplomate et théoricien argentin du droit international Carlos Calvo (1822-1906) « Le Droit international théorique et pratique : précédé d'un exposé théorique des progrès de la science du droit des gens », Paris, 5^e édition, 6 vol., Guillaumin, 1887-1888. A la faveur du développement des règles et normes de protection des investissements étrangers on assiste à une résurgence du « Calvoisme » avec la dénonciation et la sortie de la Convention de Washington du 18 mars portant CIRDI par la Bolivie le 2 mai 2007, suivie par l'Equateur, le 9 juillet 2009 et le Venezuela le 24 janvier 2012 voir à ce propos Cazala J. « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI » AFDI -2012 pp.551-565. L'autre facteur, c'est le faible développement de la protection de l'investissement étranger par la possibilité de la procédure d'arbitrage avec le refus de la signature et de la ratification de la Convention du CIRDI d'un grand pays comme le Brésil.

⁴⁵ La particularité d'un continent comme l'Asie, c'est qu'il est difficile d'avoir une unité d'analyse de la notion d'investissement. Les pays d'Asie ont protégé et privilégié une certaine forme d'investissement- tel que les coentreprises entre personnes morales/physiques étrangères et locales- en vue d'acquérir la technologie étrangère indispensable à leur développement. Il s'y ajoute que les investissements étrangers dans cette région du monde sont moins le fait des émetteurs traditionnels, historiquement exportateurs de capitaux comme l'Europe Occidentale et les Etats-Unis d'Amérique, que les pays de la région qui une fois développés ont transmis le relais aux autres puissances régionales. Il y a ici une régionalisation forte de l'investissement étranger. C'est un pays comme le Japon qui l'a initié cette démarche locomotive en direction du reste de l'Asie, voir « Le Japon et les investissements étrangers : libre-échange, libéralisation et ouverture politique » pp. 379-408 in « *L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales réseaux, réseaux mondiaux et normes internationales* » Sd de Arés M. & Boulanger E. Bruxelles, éd. Bruylant, 2012

⁴⁶ A la faiblesse du réseau des TBI entre pays développés et pays en développement, ces derniers basaient leurs réglementations relatives aux investissements étrangers sur les instruments progressistes adoptés par les Nations-

adhéré aux principes du droit international du développement⁴⁷. Le comportement pragmatique voire libérale envers les investissements directs étrangers est illustré au plan politique par les hauts dirigeants pourtant de tendance progressiste comme le leader Ghanéen Nkrumah⁴⁸. Il est aussi illustré par la nature des instruments internes relatifs aux investissements étrangers. Ces derniers prônent une ouverture envers les capitaux étrangers, le traitement non discriminatoire des IDE,⁴⁹ leur garantie et la consécration de l'arbitrage comme mode privilégié et automatique de règlement des différends en cas de litige entre un État d'accueil et un investisseur étranger⁵⁰. Donc, la protection juridique des investissements étrangers a toujours été une préoccupation des pays d'Afrique dans l'optique qu'elle contribue à atteindre les objectifs des politiques de développement. L'illustration parfaite du choix résolue en matière de protection juridique des investissements étrangers aura été l'adhésion et la participation aux instruments internationaux sectoriels établissant l'arbitrage institutionnel⁵¹ et la garantie des investissements étrangers contre les risques.⁵² Les instruments

Unies : Résolution 1803(XVII), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles Adoptée le 14 décembre 1962 ; N-U : Résolution 3201, Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international Adoptée le 1^{er} mai 1974 ; N-U Résolution 3281(XXIX), Charte des droits et devoirs économiques des États Adoptée le 14 décembre 1974 ; N-U Résolution 41/128, Déclaration sur le droit au développement. Adoptée le 4 décembre 1986.

⁴⁷ Qui se résument à l'égalité entre les États dans les relations commerciales internationales, la justice commerciale avec l'instauration d'un ordre économique plus juste, la souveraineté des États du Sud sur leurs ressources et patrimoines et le droit de réglementer les investissements et les activités des firmes transnationales sur leurs territoires. Voir Feuer G. Cassan H. « *Droit international du développement* » deuxième édition, Paris, éd. Dalloz-1991 spécialement p.198 et s.

⁴⁸ « *Nonobstant son idéologie « socialiste et ses attaques contre le néocolonialisme, Nkrumah a cependant toujours reconnu la nécessité des investissements étrangers, même en insistant sur le but final de l'africanisation de l'économie :*

« Quite clearly one of the first things which must follow from independence is that citizens of Ghana must play a far bigger role in the commercial and industrial life of the country than they do at present...Nevertheless, whatever we do to increase African participation in industry and commerce and however wisely we deploy our own resources, it is clear that for some time to come Ghana will require the investment of foreign capital. » N. Krumah(1961), p.104 l'auteur propose la création d'un code des investissements pan-africain par la Banque africaine de développement (p.227 et al.) cité par Haberli (Ch) « *Les investissements étrangers en Afrique Avec des études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana* » Paris, éd. LGDJ & NEA, 1979 p.260 et s.

⁴⁹ Le choix en faveur de l'ouverture aux capitaux étrangers a toujours été le principe dès les indépendances Voir Kahn Ph. « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », J.D.I.-1 1965 pp.338-390

⁵⁰ Le règlement automatique des différends par l'arbitrage a été le principe dans les Codes d'investissement post indépendance- voir Communauté économique européenne- Direction générale du développement et de l'outre mer- Direction des études de développement « Code des investissements des États africains et Malgache » Avril 1966. L'automatisme de l'arbitrage a été considérablement amoindri par les nouveaux instruments qui prouvent un règlement à l'amiable et en cas d'insuccès recours d'un accord à l'arbitrage. Le Code du Sénégal le consacre ainsi : « *Les différends entre une personne physique ou morale étrangère et la République du Sénégal relatifs à l'application du présent Code sont réglés conformément à une procédure de conciliation et d'arbitrage découlant : -soit d'un commun accord entre les deux parties-soit des accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République du Sénégal et l'Etat dont la personne physique ou morale est ressortissante* » voir article 11 de la Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal

⁵¹ Voir Documents d'études n°3.12 la Documentation française 2013 « Droit international économique Documents réunis et commentés par H. Ghérari pp.60-61,

⁵² L'assurance contre les risques politiques est une dimension essentielle de la protection des investissements, surtout dans les pays d'Afrique de l'ouest réputés pour la conflictualité élevée et la perception élevée du risque-pays. La *Convention de Séoul de 1988 portant AMGI* dont les pays d'Afrique de l'ouest ont été parmi les premiers adhérents assure non seulement les investissements étrangers contre les risques, mais assiste ces pays à

conventionnels négociés et signés au sein de la Banque mondiale ont été d'un apport crucial et décisif dans le changement de perception dans l'amélioration de l'environnement judiciaire et juridique des investissements directs étrangers en Afrique de l'ouest. En effet, cette partie du continent a toujours été perçue -à tort ou à raison, souvent à tort à notre avis- comme ayant un risque réglementaire et politique très élevé. Pour pallier cette perception négative qui a longtemps dégradé l'image de l'Afrique comme destination sûre, sécurisée et privilégiée des investissements étrangers, les pays de la sous région ont dès l'origine joué le jeu du droit international des investissements en adhérant à ces instruments⁵³. Par conséquent, le comportement de pays en développement comme ceux d'Afrique de l'ouest- essentiellement importateurs de capitaux- a été de mettre sur pied des instruments prônant l'incitation à l'investissement étranger. Cette politique de la porte ouverte des réglementations ne s'est jamais démentie dans le temps. Elle s'est traduite par un renforcement sans précédent du cadre juridique, réglementaire et surtout institutionnel pour un régime de protection en conformité avec les meilleures pratiques internationales en la matière. Dans le contexte de mondialisation marqué par une convoitise renouvelée dont l'Afrique fait l'objet, la protection des investissements étrangers demeure un enjeu crucial en vue de la mise en place d'un partenariat d'un type nouveau et renouvelé pour espérer bénéficier des bienfaits de l'apport de capitaux- industrialisation , transfert de technologie, recettes fiscales et emplois-. C'est la raison pour laquelle, on assiste à un renouvellement du type de protection avec un renforcement double de celle-ci par le biais des nouveaux instruments juridiques internes. Il s'agit des Codes d'investissements. L'enjeu du cadre juridique instauré par les Codes, c'est l'instauration d'un environnement juridique protecteur et non discriminatoire à travers : *de solides garanties accordées aux investisseurs, l'existence d'un régime d'obligations pour les investisseurs étrangers, l'instauration d'un régime d'incitation, d'un régime d'agrément à l'investissement et un mode de règlement des différends consacrant l'arbitrage*⁵⁴. Le cadre législatif et réglementaire relatifs aux IDE prévu par les Codes est intéressant à étudier parce qu'il est révélateur du comportement des pays vis-à-vis des capitaux étrangers (fermeture, réticence ou ouverture), en plus, il témoigne aussi de la volonté des pays de la sous région d'Afrique de l'ouest de sécuriser sur le plan juridique et judiciaire les investissements comme les investisseurs par le biais des garanties, des incitations et des facilités⁵⁵. Dans le contexte juridique et institutionnel de pays comme ceux d'Afrique de l'ouest la protection par les Codes est importante parce que : « *La plupart des États aujourd'hui...ont adopté une législation spécifique destinée à fournir un cadre juridique stable et attractif aux opérateurs souhaitant développer une activité sur leur territoire* ». La conception de la politique de la porte ouverte en matière de protection et de promotion de l'investissement étranger ne va pas sans difficulté éventuelle. C'est ce qu'a voulu traduire Arnaud de Nanteuil : « *Il y a dans ces ensembles normatifs un enjeu considérable pour l'État : d'un côté, un cadre trop étreint ou*

promouvoir et améliorer l'environnement juridique des investissements afin que celui-ci soit sécurisant et attractif.

⁵³ Voir Ghérari H. Documents réunis et commentés Documentation française 2013 pp.60-61 op cit. p. 11

⁵⁴ Voir Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire dans ses grandes lignes. Ces instruments juridiques- cadre législatif par excellence de la protection des investissements dans les pays d'Afrique de l'ouest font l'objet d'un chapitre dans le titre 2 de la première partie.

⁵⁵ Voir Amboulou D-H « *OHADA Code des investissements et des activités économiques* », Paris, éd. L'harmattan , 2017

*complexe risque de nuire considérablement à son image et donc à son attractivité, ce dont son développement économique-et donc sa population-sera nécessairement victime. D'un autre côté, adopter une réglementation particulièrement souple et peu regardante n'est pas sans risque, notamment au regard des conditions de travail et de protection de l'environnement qui pourraient être pratiquées par les investisseurs étrangers et qui sont déterminantes pour le développement d'un État »*⁵⁶. Comme le régime juridique de l'investissement en Afrique de l'ouest est marqué dans son évolution par l'incitation et l'attractivité, ces pays ont recours massivement à la protection conventionnelle de l'investissement étrangers par le biais des TBI⁵⁷ pour une sécurité juridique plus renforcée. L'objectif de tel Accord – à l'instar de celui conclu entre le Sénégal et la France est le desir : *« de renforcer la coopération économique entre les deux pays et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Sénégal et sénégalais en France, persuadé que l'encouragement et la protection de ces investissements sont de nature à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique »*⁵⁸. Sur le même registre d'incitation, la volonté de renforcer la sécurité juridique et l'attractivité ont poussé les États à aller loin avec l'harmonisation du régime juridique des investissements à travers la protection communautarisée de l'investissement. La protection de l'investissement étranger dans le contexte spécifique de ces pays est marquée doublement : d'une part par une ouverture et un renforcement sans cesse du cadre législatif et réglementaire pour une plus grande sécurité juridique, et d'autre part par l'implication sans cesse visible et importante des Organisations internationales économiques, mais aussi africaines en vue du soutien, de l'assistance et de conseils d'atténuer les risques juridiques et institutionnels afin de permettre aux pays de la sous région de mieux négocier leurs partenariat avec les investisseurs étrangers.

II- Précisions terminologiques

La définition et l'analyse des concepts du thème de notre recherche s'imposent pour mieux inscrire dans son contexte la protection des investissements étrangers en Afrique de l'ouest.

D- La notion de protection

Notre thèse a pour objet la protection des investissements dans les pays en développement, particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest. La notion de protection est plus qu'importante dans le contexte de pays importateurs de capitaux à l'instar de l'Afrique de l'ouest. La perception élevée du risque dû à l'instabilité du cadre législatif et réglementaire et surtout sur le plan politique a conduit les investisseurs étrangers à avoir une stratégie fondée sur l'accès aux ressources naturelles stratégiques et minimiser les risques élevés qu'imposent l'implantation d'activités économiques. Dans ce contexte, la protection devient un enjeu essentiel pour la sécurité juridique des investissements et des investisseurs étrangers. La notion de protection en investissement international fait allusion à l'ensemble des règles

⁵⁶ Voir DE Nanteuil (A.) Droit international de l'investissement, Paris, éd. A. Pedone 2014 p.56

⁵⁷ Voir CNUCED « Attirer les investissements étrangers directs dans les pays en développement : la contribution des AII Etude de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement », Genève Nations-Unies, 2009 128 p.

⁵⁸ Voir Préambule du TBI signé par la France et le Sénégal signé à Dakar le 26 juillet 2007

d'origine interne et externe de droit public et de droit privé qui prévoient la constitution, l'entrée en vigueur et le contentieux des investissements étrangers. La protection, qui est de nos jours la condition sine qua non d'*accueil et de la promotion des investissements étrangers*, a fait l'objet d'approches doctrinales multiples⁵⁹. Elle a une dimension diplomatique,⁶⁰ une dimension politique interne et sectorielle⁶¹. Pour le vocabulaire juridique, l'idée de protection fait penser à une « *Précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité, etc., désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesure, régime, dispositif...).* » La dimension générale évoquée est complétée par celle là juridique qui désigne une « *modalité d'assurance de responsabilité civile dans laquelle, en contrepartie d'une prime, l'assureur prend en charge l'ensemble des services et frais relatifs à un différend opposant l'assuré à un tiers qui, lui réclame des dommages-intérêts* »⁶². L'approche textuelle nationale et bilatérale est une approche essentiellement fondée sur la nécessité de sécuriser les investisseurs étrangers contre les empiétements : expropriations et nationalisation.

La protection des investissements étrangers n'a pas toujours été facile dans les pays en développement. Cela est dû à la résistance de pays en développement très attachés à leurs

⁵⁹ Voir Mayer P. « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat », J.D.I.-1 1986, pp. 5-78 ; Leben Ch. « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Reflexions sur la décennies écoulée (1976-1986) », J.D.I.-4 1986 pp.895-957 ; Leben Ch. « La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements » AFDI-2004 pp. 683-730 ; voir De Nanteuil A. « La notion d'investissement protégé : l'exigence de conformité de l'investissement au droit local » pp.31-56 in Colloque « L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Reflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement » Sd d'Arnaud de Nanteuil, Paris éd. A. Pedone 2015 ; El Boudouhi S. « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », AFDI 2005 pp.542-563 ; voir Robert-Cuendet S. « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », RGDIP-3 2016 pp.545-578 ; voir Titi Ca. « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil ? », JDI-2 2014 pp.541-562 ; voir Dolzer R. and Schreuer « Principles of international investment law » seconde édition éd. Oxford university press 2012 ; voir Bastid Burdeau G. « Droit des investissements et droit international de la commande publique » pp.62-85 in *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* SD de Sabrina R-Cuendet, Bruxelles éd. Bruylant 2017

⁶⁰ Notamment certains grands dossiers d'investissement dans les pays en développement font l'objet d'une véritable stratégie de diplomatie économique exemple des ententes d'autorités à autorités au niveau supérieur pour la protection de certains investissements. Cela est évident dans des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest où le business et les investissements ont d'étroits relents politiques au niveau interne et externe.

⁶¹ Malgré la volonté qqi consiste à renforcer l'environnement juridique des investissements étrangers (pays développées et pays en développement) en réalité les investissements sont en réalité rigoureusement réglementées au plan du traitement et des avantages octroyés : voir Loi N°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali art.28, la protection a tendance à insister actuellement- du fait du facteur social et environnemental de plus en plus présent- sur l'obligation des investisseurs à respecter les lois et règlements du pays d'accueil, voir Mbengue Moise (M.) « Les obligations des investisseurs étrangers » pp.295-348 in SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes St Denis « *L'entreprise multinationale et le droit international* » 19 au 21 mai 2016 Sd Dubin (L.), Livinec-B. P. Iten -(L) & Tomkiewicz (V.), Paris éd. A. Pedone, 2017. De même à l'aune de la pratique et de l'interprétation des règles et normes du droit des investissements internationaux, les États se montrent plus protectionnistes et restrictifs dans l'interprétation de certains principes quittent à provoquer d'importants contentieux voir « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », RGDIP-1 2015, pp.8-242

⁶² Voir Cornu (G.) Vocabulaire juridique Association Henri Capitant, Paris éd. PUF 8^e édition 2000 p.688

souverainetés et qui réclament l'instauration d'un nouvel environnement juridique international conforme à leurs aspirations progressistes ; et les pays développés exportateurs de capitaux très réticents à l'idée d'investir dans des pays très risqués, non protecteurs où les investissements étrangers risquent des empiétements comme les pratiques expropriatrices et de nationalisation de leurs actifs. Cette période houleuse cède le pas à une beaucoup plus apaisée où la protection et le traitement des IDE sont mis en avant par les pays en développement comme ceux d'Afrique de l'ouest pour montrer leur ouverture, leur attractivité et leurs volontés politiques résolues à sécuriser et à faire la promotion des investissements étrangers. Il y a les travaux de doctrine, notamment des professeurs D. Carreau et P. Juillard qui ont tenté une définition du concept protection de l'investissement qui s'entend : « *l'ensemble des principes et des règles, de droit international comme de droit interne, qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher ou de réprimer toute atteinte publique à l'existence ou à la consistance de l'investissement international* ». ⁶³ Le concept de protection, comme nous l'appréhendons de façon globale dans le cadre de cette recherche, fait allusion en matière d'investissement à l'ensemble des règles, normes et principes de droit interne comme de droit international et communautaire (public et privé) qui prévoient la protection de l'investissement dans ses différents aspects. La notion d'investissement offre une définition conceptuelle assez dense.

E- Investissement direct étranger

S'il y a un concept, où malgré les nombreuses approches pour sa définition et sa clarification, la controverse reste entière, ⁶⁴ c'est bel et bien l'investissement étranger qui est à distinguer des investissements de portefeuille-qui sont des mouvements de capitaux temporaires sans effet sur le contrôle de l'entreprise ⁶⁵. Ce dernier qui est avant tout un concept économique avant d'être appréhendé par le droit, désigne et fait allusion à tout mouvement de capitaux/fonds utilisé par une personne morale ou physique de droit interne et de droit externe

⁶³ Voir Carreau (D.) Juillard (P.) « *Droit international économique* », 4^e édition Paris éd. Dalloz-2010 p.511

⁶⁴ Hormis l'accord de Séoul portant l'AMGI de 1988 qui en donne une définition par le biais de la notion « *d'investissements admissibles* » article 12 de la Convention AMGI et les modèles de TBI qui en donnent une définition énumérative, la notion d'investissement n'a pas fait l'objet d'une définition de la part de la Convention de Washington où l'article 25 se borne simplement à évoquer la compétence du Centre à « *un différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement* ». Outre sa définition traditionnelle conçue comme un apport en capital ou en nature présentant une certaine durée et qui implique des risques pour l'investisseur, la jurisprudence du tribunal arbitral CIRDI y a ajouté « *la contribution pour le développement économique du pays d'accueil* » durant l'affaire devenue célèbre de Salini CIRDI, Salini Costruttori S.p.A & Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc, aff. N°ARB/00/4 décision sur la compétence 23 juillet 2001. Ce concept qui n'a pas encore livré ses secrets a fait l'objet d'une abondante littérature au sein de la doctrine internationaliste : Aréou G. souligne que « *l'absence de définition de la notion d'investissement entraîne une insécurité juridique préjudiciable aux acteurs du commerce international* » voir « *La notion d'investissement- évolutions récentes* » pp.7-29 in Colloque « *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale* Reflexions sur la proceduralisation du droit international de l'investissement » Sd d'Arnaud de Nanteuil Paris éd. A. Pedone 2015 p. 27 ; voir Ben Hamida W., « *La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI* », Gazette du Palais, N°349, 2009, pp.3615-3621 ;

⁶⁵ Cette pratique d'investissement on le retrouve souvent dans les marchés financiers d'échange d'action désigne : « *une acquisition de titres financiers d'une entreprise étrangère par une entreprise nationale mais ne constituant pas un investissement direct à l'étranger parce que ce n'est pas une prise de participation dans le but d'exercer un contrôle durable. Il s'agit donc d'un placement spéculatif* » voir Jacquemot P. « *Le dictionnaire encyclopédique du développement durable* », Paris, éd. Sciences Humaines Editions, 2017 p.387

en vue d'accroître, de consolider et de créer de la richesse à travers une entreprise (petite, grande, taille intermédiaire etc.) dans un pays donné, sous région ou à l'international. C'est une activité économique fortement corrélée à la création de richesse au triple niveau national, communautaire ou international et qui présente un certain aléa pour son/ses auteur(s). Plusieurs tentatives de clarification terminologique ont été menées en vue d'éclaircir un concept plus que mouvant et élastique. C'est ainsi que du point de vue doctrinale le vocabulaire juridique de Gérard Cornu nous donne un aperçu du concept en le désignant comme « *Placement, emploi de fonds, plus précisément, action d'engager des capitaux dans une entreprise en vue d'un profit à long terme et résultat de cette action* ». ⁶⁶ La notion d'apport de capitaux rémunérateur par la suite corrélée à un risque pour son détenteur, présentant une certaine durée. C'est la voie adoptée par la doctrine internationaliste en l'occurrence dans l'ouvrage désormais classique de droit international économique qui le souligne ainsi : « *L'existence d'un investissement direct, repose sur la combinaison de trois éléments suivants : -il est nécessaire qu'il y ait un apport ; -cet apport doit être un apport en capital ; -cet apport doit permettre d'établir des liens durables-encore que ces liens ne soient pas nécessairement des liens juridiques ; ces liens durables doivent s'établir entre l'investisseur et une entreprise, c'est-à-dire une entité exerçant une activité économique ; -l'investisseur doit, grâce à ces liens durables, être en position d'exercer une réelle influence sur la gestion de l'entreprise qu'il a investie. C'est ce dernier élément qui fournit le critère de la distinction entre investissement direct et investissement autre que direct.* » ⁶⁷ L'incertitude liée au concept d'investissement résulte aussi du fait qu'à l'heure actuelle, il n'y a pas une convention multilatérale universelle portant sur les investissements étrangers. ⁶⁸ Ce vide juridique ne permet pas- d'une certaine manière- une sécurisation juridique effective avec une définition claire et sans obscur du concept. C'est la raison pour laquelle, les solutions de rechange en matière de définition ont été trouvées grâce à aux instruments juridiques internes des pays d'accueils les Codes d'investissement et les TBI. Ces instruments de protection communément appelés Code ⁶⁹ procèdent à une définition énumérative et lacunaire. Pour le Code Malien l'investissement renvoie aux « *capitaux employés par toute personne, physique ou morale, pour l'acquisition d'immobilisations corporelles, financières et incorporelles dans le cadre de la création ou de l'extension ou de la réhabilitation d'entreprises.* » ⁷⁰ Cette définition qui est pratiquement commune à tous les instruments juridiques internes, on la retrouve presque à l'identique dans le Code de la Guinée portant les investissements étrangers ⁷¹ de la Guinée. De même qu'ils sont assez identiques dans leurs différentes

⁶⁶ Voir Cornu (G.) Vocabulaire juridique, 8^e édition revue et augmentée Paris, éd. PUF 2000 p.479 et s. op. cit. p. 12

⁶⁷ Voir Carreau (D.) & Juillard (P.) p.419 et s. op cit. p.12

⁶⁸ Il y a eu une tentative, mais est couronnée d'échec Voir Juillard P. « A propos du décès de l'AMI », AFDI-1998 pp.595-612

⁶⁹ Cela n'a aucune signification juridique particulière, c'est simplement par commodité de langage et en référence à l'appellation choisie des lois codifiées dans des instruments dans un pays comme la France. Code des investissements « *ensemble des garanties, avantages, obligations et les textes pris pour leur application* » voir article Loi N°2014-09 du 16 avril 2014 portant Codes des investissements du Niger

⁷⁰ Voir article 2 Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali

⁷¹ Ce dernier dispose en son article 2 que le terme investissement désigne : « *les capitaux employés par toute personne, physique ou morale, pour l'acquisition de biens mobiliers, matériels et immatériels et pour assurer le*

approches de l'investissement, ces instruments peuvent adopter une démarche originale de définition à l'instar de celui du Niger qui dispose ainsi parlant de l'investissement comme : « *Investissement de capitaux provenant de l'étranger : les apports en capitaux, biens ou prestations provenant de l'étranger et donnant droit à des titres sociaux dans toute entreprise établie au Niger à conditions que lesdits apports ne soient pas des placements en portefeuille. Les investissements de bénéfices de l'entreprise qui auraient pu être exportés.* »⁷² Le modèle de protection des investissements étrangers consacré par les instruments internes mentionne aussi l'investisseur qui -dans l'entendement juridique désigne au fond les personnes physiques ou morales nationales et/ou étrangères- a droit à une protection au même titre que l'investissement.⁷³

La protection sécuritaire et contre les risques s'est illustrée dans les pays en développement à travers les TBI. C'est une solution de substitution à l'inexistence d'un encadrement juridique général à l'échelle universelle. Les TBI dans leur approche de la définition prône celle de l'investissement protégé et réciproquement. Dans le cadre des TBI, l'investissement renvoie et désigne une liste énumérative composée de biens, droits, de propriété intellectuelle et artistique, concession, hypothèque, licences, technologie, contrat, savoir faire. Le concept d'investissement contenu dans les TBI est par conséquent énumératif, élastique et non limitatif. L'accord de protection des investissements entre le Sénégal et le Royaume d'Espagne désigne le terme comme : « *tous les biens et avoirs investis par les investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante conformément à la législation de cette dernière, y compris notamment mais non exclusivement* ». ⁷⁴ Les Accords bilatéraux n'adoptent une définition où une approche de l'investissement uniforme. En effet, ces instruments juridiques très prisés par les acteurs-pays en développement receveurs d'investissements et pays développés exportateurs de capitaux- adoptent des clauses types relatives à la définition de l'investissement propres à chaque pays désireux de protéger ses investissements et ses entreprises à l'international.⁷⁵ Par conséquent, il y a autant de

financement des frais de premier établissement ainsi que les besoins en fonds de roulement, indispensables à la création ou l'extension d'entreprises. » Voir Assemblée Nationale L/2015/N°008/AN portant Code des investissements de la Guinée du 25 mai 2015

⁷² Voir article 2 de la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger

⁷³ Selon le Code du Mali l'investisseur désigne : « *Toute personne, physique ou morale, de nationalité malienne ou étrangère, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent Code, des opérations d'investissement sur le territoire de la République du Mali* » voir article 2 de la Loi N°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements

⁷⁴ Voir article 1^{er} de l'Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement du Royaume d'Espagne sur la protection et la promotion réciproques des investissements signé le 22 novembre 2007, à Dakar. Dans les TBI signés par les pays d'Afrique de l'ouest l'investissement signifie et fait allusion aux droits, actifs et apports « *réalisés par les investisseurs d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante avant ou après l'entrée en vigueur du présent accord.* » Voir article 2 du TBI entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République fédérale du Nigéria, signé à Abuja, le 14 janvier 2002, l'article 1^{er} du TBI signé entre l'Afrique du Sud et le Sénégal à Dakar le 9 janvier 2009 dispose que l' : « *Investissement* » signifie toutes sortes d'avoirs pas exclusifs »

⁷⁵ Il y a plusieurs modèles comme il en existe de pays développés investisseurs, mais généralement, l'accent est mis sur le modèle français et le modèle américain. Voir Ghérari (H.) « Les accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements » pp.38-41 in Documents d'études n°3.12 Droit international économique vol.2 La documentation française 2013

modèles de définitions que de pays parmi les exportateurs de capitaux dans les pays en développement. La définition énumérative de l'investissement par juxtaposition « *apparaît comme un terme générique, d'utilisation commode, pour désigner des biens et droits qui ont une certaine fonction économique* » Jean P-Lavie fait une analogie triptyque « *bien-personne-État* » où une personne possède des biens ou est titulaire de droits ; elle-même rattachée à un État-nation par un lien réciproque d'allégeance et de protection, qui est la nationalité ». ⁷⁶ La finalité économique du concept vient avant sa forme juridique, l'investissement - sa nature, sa forme, sa finalité et ses objectifs - fait l'objet d'appréhension particulière de la part des tribunaux arbitraux, particulièrement celui instauré par la Convention du CIRDI. ⁷⁷ Dans la jurisprudence CIRDI, le controversé se porte sur- au-delà du classicisme de l'apport en capitaux, présentant une certaine durée d'exécution du marché ou du projet et une participation évidente au risque pour l'investisseur- il y a l'ajout d'un critère supplémentaire qu'est la *contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investissement* ⁷⁸ Cette décision sur la finalité développementaliste de l'investissement est intéressante à double sens : premièrement, elle est en conformité avec la volonté et l'objectif des États contractants à la convention du CIRDI, ⁷⁹ deuxièmement, elle marque le triomphe de la conception objective et extensive de la notion d'investissement qui doit englober les intérêts légitimes et les attentes de tous les acteurs de l'investissement. Il doit produire son effet d'entraînement, son effectivité et entrer dans les plans de développement du pays d'accueil. Autrement dit, cette conception traduit d'une certaine manière la *fonction du développement dans le droit international des investissements* ⁸⁰ . Néanmoins, par la suite la conception globaliste dégagée dans « *Salini test* » est nuancée par la jurisprudence arbitrale. Cette dernière semble se limiter à une certaine conception minimaliste. Ainsi dans l'affaire *Lesi Dipenda* ⁸¹, le tribunal arbitral semble se limiter au critère du seul apport d'investissement délaissant l'expression très symbolique que constitue le quatrième critère qu'est la contribution au développement économique de l'État d'accueil qui est maintenant comprise entre les trois premiers critères. Le juge arbitral a continué dans son revirement de jurisprudence en restreignant le concept de critère constitutif se limitant seulement à trois

⁷⁶ Voir Lavie J-P « *Protection et promotion des investissements étude de droit international économique* », Paris, éd. PUF, 1985 p.28

⁷⁷ Cet instrument qui a eu l'originalité d'introduire la personne privée dans la procédure d'arbitrage institutionnel, n'a pas procédé à une définition ni une clarification du concept investissement. - histoire de laisser un large interprétatif futur aux arbitres. Elle se contente de souligner dans son article 25 que : « *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant(ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre.* »

⁷⁸ Le tribunal du Centre en a fait cas dans la décision « désormais célèbre » dans l'affaire *Salini* où il était question de la qualification de la construction d'autoroute dans le Royaume du Maroc comme activité de développement Voir CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A & Itastrad S.p.A c. Royaume du Maroc*, aff. N°ARB/00/4 décision sur la compétence du 23 juillet 2001

⁷⁹ Dont le préambule de la Convention prend en compte les préoccupations développementalistes exprimées par les pays signataires particulièrement ceux en développement « *Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux* » Voir Préambule de la Convention du 18 mars 1965 entrée en vigueur le 14 octobre 1966

⁸⁰ Voir Monebhurrin (Ni.) « *La fonction du développement dans le droit international des investissements* », Paris, éd. L'harmattan, 2016

⁸¹ Voir CIRDI *LESI Dipenda S.p.A & Astaldi c. Algérie*, aff. N°ARB/05/3 sentence du 12 novembre 2008

critères dans l'affaire *Saba Fakes*⁸² Toujours est-il que la jurisprudence arbitrale a largement utilisé son pouvoir d'interprétation des affaires qui lui sont soumises pour dégager et renforcer considérablement les principes protecteurs de l'investissement international.⁸³ La protection des investissements étrangers dans les pays en développement objet de notre recherche ne peut bien et réellement posée sans un éclairage terminologique du concept « *pays en développement* ». La notion a fait l'objet de plusieurs approches et acceptions dans le monde de la recherche et des Organisations internationales du système des Nations-Unies.

C-Pays en développement

Dans le jargon du développement, la controverse fuse toujours lorsqu'il s'agit de classer les pays en catégorie. Plusieurs catégories en fonction de différents critères existent : pays développés, pays moins avancés PMA⁸⁴ et pays en développement. Ces derniers sont les plus nombreux et ne concernent pas uniquement l'Afrique, il y a des pays d'Amérique du Sud et des pays d'Asie surtout. Contrairement aux pays riches qui ont une gamme diversifiée d'industries (lourde, légère et de transformation), fabriquent et exportent des produits manufacturés, avec un pouvoir d'achat de la population parmi les plus élevé (haut revenu) et un niveau de qualification, de productivité et de développement humain très importants, les pays dits en développement se distinguent par l'importance du secteur agricole (souvent une agriculture commerciale au détriment de l'agriculture vivrière), un retard industriel conséquence de la faible maîtrise technologique, un pouvoir d'achat peu élevé (bas revenus), un fort taux d'analphabétisme et surtout un indice de développement humain assez faible. La théorie de l'économiste Rostow « les étapes du développement » démontre que ce sont des pays en transition vers un modèle beaucoup avancé. Le concept a été forgé par la Banque Mondiale dans un rapport. Le vocable pays en développement a toujours traduit et désigné les pays faiblement industrialisés qui revendiquent un statut digne par l'accès au marché de leurs

⁸² Voir CIRDI, *Saba Fakes c. Turquie*, aff. N°ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010

⁸³ Il s'agit des principes relatifs à la non discrimination en matière d'investissement. Ils structurent le droit international des investissements. Ils consacrent la notion de principes standards assurant une sécurité juridique de qualité à l'investissement et aux investisseurs étrangers : il s'agit des principes relatifs à la Clause de la Nation la plus favorisée, la clause du traitement national, la clause du traitement juste et équitable, la clause de pleine sécurité et entière protection et la clause de libre rapatriement. Ces principes sont consacrés par le cadre bilatéral conventionnel de protection TBI du Sénégal et précisés par le tribunal arbitral voir CIRDI *Parkering – Compagniet AS c. Lituanie*, aff.N°ARB/05/8, sentence du 11 septembre 2007 où le tribunal arbitral a sanctionné la violation de la CNPF inclut dans le TBI Norvège –Lituanie consécutif à un refus de délivrance d'un permis d'autorisation de construction d'un parking. Voir aussi dans la même mouvance protectrice de l'investisseur CIRDI *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, aff.N°ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005 ; le Tribunal a souligné aussi l'obligation qui incombe à l'Etat d'accueil de prendre toutes les mesures de prévention en vue d'assurer une protection pleine et entière de l'investisseur étranger CIRDI *AMT c. Zaïre*, aff. N°ARB/93/1 sentence du 21 Février 1997 ; voir spécialement la doctrine « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements » RGDIP-1 2015 pp.8-242

⁸⁴ Selon les Nations-Unies le statut de PMA « désignent les pays en développement à faible revenu souffrant de graves handicaps structurels qui entravent leur développement durable. Les signes révélateurs sont, d'une part, une grande vulnérabilité aux chocs économiques et environnementaux et, d'autre part, l'insuffisance des ressources humaines. » Voir ONU- Comité des politiques de développement et Département des affaires économiques et sociales des N-U Manuel relatif à la catégorie des pays les moins avancés : inscription, retrait et mesures spéciales de soutien » Deuxième édition N-U Janvier 2016, 84p. p.1 https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/2015cdphandbook_fr.pdf

produits et un transfert de technologie⁸⁵. Alors que pour d'autres auteurs tiers mondiste, la notion de pays en développement désigne des pays soumis et exploités de la périphérie par le centre développé qui monopolise les ressources, la capacité et le progrès⁸⁶. Les Nations-Unies pour mieux encourager ces pays ont imaginé cette situation intermédiaire entre les deux catégories, pays riches et industrialisés et pays pauvres et agricole.

A la faveur du réchauffement climatique, de la prise en compte des dangers liés à la dégradation environnementale et surtout le recentrage de l'action des Nations Unies dans les pays du Sud, s'est développée l'expérimentation et la mise en place de critères beaucoup plus justes, centrés sur les préoccupations humaines et les progrès sociaux relatifs au développement disqualifiant le traditionnel critère fondé sur les agrégats économiques peu représentatifs des efforts réels faits par certains pays en développement. Il s'agit de l'indice de développement humain (IDH) développé par le PNUD. Elle se contente de mesurer les progrès des différents pays en ne se basant pas uniquement sur les critères seulement économiques, mais des critères sociaux comme le taux d'alphabétisation, les progrès liés à l'accès au soin, l'accès au logement, à l'eau, à l'électricité et au service public collectif. L'approche du PNUD pour définir le vocable PED est plus juste, plus composite et plus englobant. Par conséquent, pour mieux mesurer les efforts de développement d'un pays donné, il faut s'appesantir sur ces critères plus représentatifs pour les pays en développement et particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest.

III- Problématique

Le contexte international fait d'ouverture et d'interdépendance exige de la part des États l'adoption de politiques et de pratiques ouvertes en matière d'accueil des investissements étrangers. Ces apports en capitaux et en technologie sont au cœur de la mondialisation et des rapports économiques entre le nord et le Sud, mais aussi entre Sud-Sud. Dans beaucoup de pays du monde en développement et particulièrement en Afrique de l'ouest, la question de leur protection et de leur régulation juridiques se posent avec acuité. Devant la rareté des ressources (diminution de l'aide publique au développement et insuffisance de l'épargne

⁸⁵ L'idéologie tiers-mondiste incarnée par de nombreux auteurs juristes Bennouna (Mo.) Droit international du développement Tiers monde et interpellation du droit international », Paris, éd. Berger-Levrault, 1983 ; Bedjaoui (M.) « Pour un nouvel ordre économique international » Paris, éd. UNESCO 1979

⁸⁶ Théorie de Raoul Prébisch (économiste argentin) qui conçoit l'économie mondiale comme fonctionnant selon la division centre-(monopole de la science de la technologie et du savoir faire exportant des produits manufacturés à forte valeur ajoutée)-périphérie(retard scientifique et technologique, exportation brute de produits primaires à faible valeur ajoutée et non transformés) dont les rapports au plan économique et commercial sont biaisés Toutefois, cette thèse qui fut valable un moment ne l'est plus dans le contexte de la mondialisation actuelle. Elle est fragile pour deux raisons : la première c'est qu'elle a un postulat simpliste qui se fonde sur la division géographique du monde. Les pays développés se situent au Nord (synonyme de développement) et les pays en développement ou moins avancés sont tous dans le Sud (synonyme de pauvreté) ; second postulat, c'est que l'évolution a battu en brèche l'opérationnalité la véracité de la thèse « centre-périphérie » De grands pays du Sud se sont développés au point rattraper les économies historiquement avancés du Nord. (Pays Asiatique Chine, Corée du Sud etc.) Cette théorie a une conception homogénéisant alors qu'il n'y a pas d'unité géographique du Sud sur les concepts pays développés et pays en développés. Voir pour plus d'explications Etien Robert « Après « les pays sous développés », « les pays en voie de développement », « le Tiers-monde », « les pays émergents » un concept opératoire ? pp.437-446 in « Droit, liberté, paix, développement » Melanges en l'honneur de Madjid Benchikh Paris éd. A. Peone 2011

domestique) les IDE sont devenues par la force des choses une nécessité importante pour d'une part combler les insuffisances des ressources financières internes, mais permettre aux pays de la sous région ouest africaine d'accéder à la technologie et au savoir faire extérieurs d'autres part. Dans ce contexte particulier, le droit et le pouvoir de la réglementation deviennent un enjeu essentiel en ce qui concerne l'accueil, la protection et la promotion des investissements étrangers directs. C'est ce qui a poussé les pays d'Afrique de l'ouest à se livrer à une concurrence farouche pour savoir qui va octroyer le meilleur traitement sécuritaire aux détenteurs de capitaux voulant s'implanter dans ces pays. Le concours pour un cadre juridique et institutionnel attractif vise non seulement à limiter l'insécurité juridique liée aux risques non commerciaux, mais sert de référence pour mesurer la différence existante et la qualité des réglementations entre des pays pour l'essentiel importateurs de capitaux. Ici la conception de la qualité de la protection des investissements dépend des pays et même à l'intérieur d'un pays donné : *« La qualité de la protection requise ainsi que la nature des instruments juridiques pris en considération varient d'un pays à l'autre et souvent aussi au sein d'un même pays en fonction de l'Etat d'accueil considéré. »*⁸⁷ Le concept de protection a varié dans le temps et dans l'espace. Elle a toujours revêtu dans le cadre des investissements étrangers une forme et une pratique conçue par les pays exportateurs de capitaux pour sécuriser les apports de capitaux contre les risques et les empiètements dans des pays receveurs jugés non conformes aux standards de protection et aux meilleures pratiques internationales en la matière. La protection dans son aspect initial n'a concerné que le volet couverture contre les risques d'expropriation et les pratiques de discrimination. Le professeur Arnaud de Nanteuil le décrit bien : *« Sans doute la protection contre l'expropriation que le droit international propose aux opérateurs étrangers, puisque que c'est contre ce risque que se sont développés les toutes premières règles. Le problème, au départ tenait à ce qu'une opération d'investissement dans un Etat étranger se trouvait en principe soumise à l'application du droit interne de cet Etat. Or, certains territoires se trouvaient à un stade de développement peu avancé au regard des standards occidentaux. »*⁸⁸. Néanmoins, la dynamique actuelle du droit international des investissements marquée un contexte d'ouverture aux échanges et d'attractivité des règles relatives aux investissements étrangers, la conception qui se veut protéger l'investissement étranger uniquement envers et contre le risque seulement nous semble un peu datée. En effet, il n'y a plus de pratiques ou de menaces de pratiques de nationalisations d'actifs à grande échelle, ni une hostilité de principe à soubassement idéologique des investissements dans les pays en développement. La tendance contemporaine ce sont les empiètements implicites que subissent les investisseurs étrangers de la part des États d'accueil sous forme d'expropriation indirecte. Pour notre part, il s'agit d'analyser la protection de façon inclusive et globale. Ce qui nous pousse à avoir une conception incluant au même niveau les deux concepts de protection et de traitement, dans la mesure où la distinction entre les deux semble un peu artificielle. La protection dans sa

⁸⁷ Voir Schaufelberger (P.) *« La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement Etude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements(AMGI) »* Thèse de doctorat de la faculté de droit de l'université de lausanne, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 1993, 638 p. p.232

⁸⁸ Voir De Nanteuil (A.) *« Droit international de l'investissement »*, Paris éd. A. Pedone 2014 p.338 Pour cet auteur dès le départ « les règles internationales à ce sujet ont dès le départ eu pour objet d'encadrer le pouvoir de l'expropriation de l'Etat »

démarche large qui englobe- la protection contre les discriminations, le traitement, la promotion et éventuellement les aspects liés au contentieux- a été privilégiée et démontrée tout au long de cette recherche. On ne fasse pas la distinction absolue et nette entre normes de protection et normes de traitement dans le cadre de ce travail de recherche. Le professeur F. Horchani le souligne d'ailleurs : « *La distinction classique entre traitement (règles ordinaires applicables à l'investissement) et protection de l'investissement (règles « exceptionnelles » contre l'expropriation et la nationalisation) n'est plus lisible avec la même clarté. Le traitement est, désormais, envisagé comme une disposition générale étendue à la protection, c'est-à-dire à tous les agissements étatiques préjudiciables à l'investisseur* »⁸⁹. Notre choix est l'analyse de la protection à travers l'exégèse des différents textes pertinents combinés et confrontés aux faits. Par conséquent, la démonstration problématique consiste à s'interroger sur l'efficacité et la globalité du modèle de protection : Le modèle de protection des investissements étrangers prévue, consacré et pratiqué à travers les textes nationaux, communautaires et internationaux pertinents permet-il une sécurité juridique efficace et globale de l'investissement étranger dans les pays d'Afrique de l'ouest ? autrement dit, le modèle de sécurité juridique prôné et consacré par ces différents instruments juridiques permet t-il d'atteindre la protection globale des États d'accueil, des investissements et des investisseurs ? La réponse à ces différentes questions soulevées par la problématique permettra d'inscrire le sujet dans son contexte et les enjeux qu'il soulève. La Protection des investissements étrangers dans un contexte comme celui de l'Afrique de l'ouest composée essentiellement de pays en développement, s'inscrit dans des environnements juridiques d'investissements spécifiques marqués par une volonté de ces pays de renforcer régulièrement l'incitation et l'attractivité du cadre législatif, d'adhérer aux instruments multilatéraux sectoriels relatifs aux investissements, d'étoffer le cadre bilatéral conventionnel relatif à la protection des investissements étrangers et enfin d'utiliser l'investissement comme puissant levier d'intégration économique par le biais du droit dérivé régional de la CEDEAO relatif à la protection et à la promotion des investissements intra et extra Communautaires. La problématique ci-dessus évoquée, permettra de cadrer le sujet le cerner dans ses différents aspects liés à la nécessité recherchée dans le cadre de cette étude d'une globalité de la protection des investissements. Étudier la protection de l'investissement étranger dans un contexte international marqué la mondialisation économique- caractérisée par un encouragement sans précédent des flux d'IDE envers les pays du Sud- et dans des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest-, importateurs de capitaux et qui ont d'immenses atouts et potentiels économiques-, ne peut être que riche d'intérêts, tant l'investissement étranger est un concept qui approche et divise à la fois de par les difficultés liées à son saisissement- définition non consensuelle-, de par son modèle de protection des intérêts des acteurs non englobant et surtout de par ces méfaits sur l'environnement et les normes sociales.

IV- Intérêt du sujet

F- Intérêt théorique et doctrinal particulier

⁸⁹ Voir Horchani (F.) Rapport introductif pp.3-16 in « où va le droit des investissements Désordre normatif et recherche d'équilibre » Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006 publié à Paris éd. A. Pedone p 13

Dans les études sur les sciences sociales, particulièrement celle la juridiques, un concept, tel que l'investissement, n'a jamais aussi soulevé de controverse, et de prises de positions tant des observateurs du monde de la recherche académique, des Organisations internationales⁹⁰ et des Etats⁹¹- que des tribunaux arbitraux⁹². La protection des investissements dans les pays en développement a toujours soulevé et soulève d'ailleurs jusqu'à présent des prises de positions au sein de la doctrine internationaliste sur les formes : ressemblances et dissemblances entre protection, traitement et garantie d'une part ; et sur le fond : interrogation de la doctrine critique sur le sens et la finalité de ces règles de protection et de pratiques des investissements marquées par l'unilatéralité de la protection (doctrine de l'efficacité) dans un contexte international et régional caractérisé par l'irruption du fait environnemental, de la nécessité de la responsabilité sociale des entreprises, du rééquilibrage des rapports entre acteurs (doctrine de la finalité). L'idée de ces controverses a été alimentée par le droit coutumier des étrangers relatif à la protection des étrangers notamment par le bais du traitement conforme à un « *standard international minimum* »⁹³ quand ils exercent hors de

⁹⁰ Le cas de la conception d'investissement dans les pays en développement par les Organisations internationales est intéressant : Il y a la conception pragmatique incarnée par les institutions de Bretton Woods notamment le Groupe de la Banque mondiale qui a eu à préparer et ouvert à la signature une Convention pour le règlement des différends Etats/investisseur(s) du 18 mars 1965, l'Accord de Séoul de 1988 portant création de l'AMGI, les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger(pas de valeur contraignante) et récemment l'indice phare de mesure des réglementations Doing Business depuis 2003. Le modèle de protection juridique des investissements initié - à travers les différents Accords négociés- par la Banque mondiale est beaucoup plus efficace, plus pragmatique bref du hard law très contraignant pour les PED. Alors que le modèle pronée dans le cadre de L'Onu et ses différentes filiales a toujours mis l'accent sur des instruments progressistes plus ou moins idéalistes. Bref de la pure Soft Law non contraignant et qui a été combattu par les pays avancés. Actuellement, devant le réquiem du NOEI- Maurice Kamto « Requiem pour le droit international du développement » pp.493-507- L'ONU se recentre sur les grandes questions et problématiques environnementales-RIO 1992 et CAP 21 Paris 2015 sur le Climat- et de la lutte contre la pauvreté avec les OMD et les nouveaux objectifs pour le développement durable ODD voir Kherad R. « La lutte contre la pauvreté : une nouvelle finalité du droit international du développement » pp.459-472 in SFDI Colloque de Lyon « *Droit international et développement* », Paris éd. A. Pedone 2015 p.464

⁹¹ La controverse est largement amoindrie. Si les pays en développement continuent à être réticents à l'idée d'accepter la procédure d'arbitrage comme modalité de règlement des litiges, ils ont en revanche abandonné l'hostilité de principe aux investissements étrangers. Au contraire, il y a une concurrence farouche entre les pays en développement particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest pour l'accueil et le traitement des investissements étrangers. même si il y a des « îlots de résistance » des pays militants qui continuent à refuser certaines modalités, procédures et pratiques d'investissements comme le refus de l'arbitrage et la nécessité du respect de la souveraineté du pays d'accueil. Sur ce point, « *La constitution équatorienne adoptée par référendum en septembre 2008 interdit à l'Etat de conclure des accords internationaux incluant une clause de recours à l'arbitrage pour régler des différends l'opposant à une personne privée étrangère(article 422). La constitution de la République Bolivarienne de Bolivie, approuvée par référendum en janvier 2009 interdit le recours à l'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements réalisés dans le secteur des hydrocarbures (article 366)* » Voir Cazala J. « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI » pp.551-565, p. 552

⁹² La controverse doctrinale sur la hostilité ou l'acceptation de principe n'a plus de vigueur en ce qui concerne les pays d'Afrique de l'ouest où l'acceptation de la procédure d'arbitrage comme solution ultime de règlement des litiges est une condition sine qua non pour l'implantation des investisseurs étrangers. Le contexte procédural et substantiel est tout autre selon un auteur « *Les Etats, en particulier ceux en développement, adoptent des mesures et des stratégies pour promouvoir les investissements étrangers ; une véritable compétition, parfois une surenchère, sont engagées en vue d'embellir le climat de l'investissement.* » Voir Horchani F. « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », J.D.I.-2, 2004 pp.367-417, p. 386

⁹³ Voir Asante K.B. S. « Droit international et investissements » pp.711-737 in « *Droit international Bilan et perspectives* » Tome II Sd Mohamed Bedjaoui, Paris éd. A. Pedone UNESCO, 1991 p.713

leur pays et la protection diplomatique des entreprises à l'étranger⁹⁴. La protection des investissements dont il s'agit ici, c'est celle Nord envers le Sud. Autrement dit, la protection ne joue pas Nord-Nord, mais des pays exportateurs de capitaux du nord vis-à-vis du Sud.⁹⁵ Parce qu'historiquement, les pays en développement, particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest ont toujours été perçus comme peu protecteurs et éminemment risqués quand il s'agit d'y faire des affaires ou y implanter des activités de production. Cette réalité de la protection de l'investissement conditionne d'une certaine manière l'approche qu'a la doctrine internationaliste sur la question. Concernant la sémantique de la protection le professeur J.P-Laviec lie *traitement et protection* comme concourant à la même finalité.⁹⁶ L'autre approche de la protection qui est toujours liée à la précarité de la sécurité juridique dans les pays d'accueil, est celle qui combine à la fois les concepts de protection, traitement et de garantie. Pour les tenants de cette ligne, notamment les professeurs D. Carreau et P. Juillard les trois notions citées sont imbriquées. Mais toutefois, si en vertu du droit international, les règles comme celles qui concernent la protection et le traitement sont internes aux États en vertu de leurs souverainetés, la garantie- pour des raisons économiques évidentes- est l'apanage des pays exportateurs de capitaux, elle ne peut être délivrée que par ces derniers en vue d'accompagner leurs entreprises et investisseurs à l'étranger.⁹⁷ Le concept de protection fait intervenir même le juge international, notamment dans la célèbre affaire Barcelona Traction Light and power company (Belgique c. Espagne où ce dernier apporte plus de clarifications aux deux notions de traitement et de protection⁹⁸ Face à cette doctrine qui mette l'accent sur

⁹⁴ Cette forme de protection correspondait à une époque- faiblesse ou inexistence de l'arbitrage institutionnel- où l'environnement juridique dans les pays en développement était très précaire et non conforme aux pratiques de l'époque. Voir Stern B. « La protection diplomatique des investissements internationaux De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », J.D.I.-4 1990 pp. 897-945

⁹⁵ Même si il faut le dire cette vision, cette lecture n'est plus de mise. En effet, les pays émetteurs d'investissements ne sont plus uniquement des pays du Nord (même si ils demeurent jusqu'à présent les plus importants), il y a d'importants pays du Sud qui investissent de plus en plus dans les pays d'Afrique de l'ouest.

⁹⁶ « De prime abord, les principes de traitement et de protection d'un investissement étranger semblent constituer les deux faces d'une même médaille. Il est convenu par traité qu'un investissement aura le droit à un certain traitement ; inversement, un État d'accueil a contracté à son égard des obligations de protection, qu'un État d'origine peut faire valoir sur le plan juridique » voir Laviec J-P. « Protection et promotion des investissements Etude de droit international économique », Paris éd. PUF, 1985 p.81

⁹⁷ Pour Dominique Carreau et Patrick Juillard donc « les notions de traitement et de protection, d'une part, de garantie, d'autre part, sont étroitement imbriquées les unes dans les autres.

- Par règles de traitement, on entend ici l'ensemble des règles, de droit interne ou de droit international, qui définissent le régime juridique de l'investissement international.
- Par règle de protection, on entend ici l'ensemble des règles, de droit interne ou de droit international, qui préviennent ou sanctionnent les atteintes publiques à l'existence de l'investissement international.
- Par mécanisme de garantie, on entend l'ensemble des mécanismes qui transfèrent de l'investisseur international à un organisme spécialisé, de droit interne ou de droit international, les conséquences financières qui résultent de la réalisation de certains risques politiques.

Le traitement et la protection, d'un côté, la garantie, de l'autre côté, sont susceptibles de mettre en œuvre une pluralité d'ordres juridiques.

- En principe, le traitement et la protection de l'investissement international sont définis par le droit interne. Mais ce droit interne, c'est le droit de l'Etat de territorialité de l'investissement, et non le droit de l'Etat de nationalité de l'investisseur. » Voir Carreau D. & Juillard P. p. 477 et s. précité p.12

⁹⁸ « Dès lors qu'un État admet sur son territoire des investissements étrangers ou de ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assure certaines

le concept sa signification et notamment sur sa dimension en amont. D'autres auteurs adoptent une approche plus globale en mettant l'accent sur la finalité de la protection qui consiste à prendre réellement en compte les intérêts légitimes de chaque acteurs. La vision en aval de la protection préserve la sécurité juridique légitime que peut attendre tout investisseur de son investissement, mais elle réaffirme la nécessité du rééquilibrage des rapports entre investisseurs étrangers et pays d'accueil de l'investissement. Elle a culminée lors de la revendication par les pays en développement du Sud d'un nouvel ordre économique international- à savoir le droit de *réglementer l'entrée de l'investissement étranger*⁹⁹. La doctrine juridique internationaliste a été d'une grande passion vis-à-vis de cette question relative à la revendication du NOEI, certains prenant partis ouvertement pour et en faveur des pays du Sud¹⁰⁰, d'autres se montrent beaucoup plus réservés.¹⁰¹ Prenant en compte l'échec relatif à la matérialisation, à l'opérationnalisation des concepts progressistes d'un ordre nouveau et beaucoup plus solidaire, la doctrine d'une vision de la protection englobant a reçu une nouvelle lecture dans un contexte radicalement et tout à fait nouveau. Cette approche de la protection, maintien la légitimité de la protection sécuritaire de l'investissement étranger, mais elle a deux préoccupations majeurs : l'unilatéralité de la protection et surtout la nécessité de la globalité de la protection qui consiste à saisir, intégrer et ne plus ignorer les enjeux liés à l'environnement, la santé publique, les questions sociales et le rapport au bien commun dans un monde où la menace climatique est réelle. Pour le professeur Robert Charvin le modèle de protection des IDE adopté par les pays en développement, particulièrement africains aboutit à une « *course à l'investissement international que mènent les pays du Sud est illusoire*¹⁰². Poursuivant dans cette approche, Guy Feuer et Hervé Cassan soulignent que « *les investissements privés étrangers sont souvent considérés par les pays du Tiers-Monde comme des apports nécessaires, mais ne deviennent un élément du développement que si ceux-ci*

obligations quant à leur traitement ». Cité par Carreau & et Juillard p.477 ibid Voir aussi Affaires Barcelana Traction Light and power company (Belgique c. Espagne) CIJ, exception préliminaires, 24 juillet 1964, Rec. 1964, p.6, et Fond, 5 février 1970, Rec.1970, p.3 Tchikaya (B.) « Mémento de la jurisprudence droit international public, 6^e édition, Paris éd. Hachette livre, 2015 p.89 et s.

⁹⁹ Asante K.B. S « Droit international et investissements » pp.711-737 in « *Droit international Bilan et Perspectives* » Tome II Sd de Mohamed Bedjaoui, Paris éd. A. Pedone Unesco 1991 p.728

¹⁰⁰ Parmi ces auteurs il y a les juristes maghrébins l'incarnation du tiers mondisme : Mohamed Bedjaoui, Mohamed Bennouna Ahmed Mahoui qui ont pas mal écrit sur cette période en prenant position contre les injustices économiques et l'échange inégal dont est victime le Sud particulièrement l'Afrique voir Mohamed Bedjaoui « Pour un nouvel ordre économique international » Paris, UNESCO, 1979, 295p. , Maurice Flory, Jean-Robert Henry, Ahmed Mahoui et al., « La formation des normes en droit international du développement, Paris éd. Du CNRS, 1984, 390p. ; Madjid Benchikh, « Droit international du sous-développement, Nouvel ordre dans la dépendance, Paris éd. Berger-Levrault, 1983, 331p. , Mohamed Bennouna, « Droit international du développement, Tiers Monde et interpellation du droit international, Paris éd. Berger-Levrault, 1983, 335 p. Voir Feuer G. « Les juristes maghrébins et l'idéologie Tiers-mondiste. Une leçon utile de l'histoire des idées » pp.447-464 in Melanges en l'honneur de Madjid Benchikh « Droit, liberté, paix, développement », Paris éd. A. Pedone 2011 p.448, voir Virally M. « Vers un droit international du développement », AFDI 1965, pp.3-12

¹⁰¹ Comme le professeur Maurice Kamto pp.493-507 parle à ce propos de la « *maladie de la Soft Law* » dans « Requiem pour le droit international du développement » in Mélanges Madjid Benchikh p.496

¹⁰² Pour le professeur R. Charvin « *cette course, ne peut, à l'arrivée, permettre la promotion que de quelques secteurs dans un nombre restreint de pays attractifs. Cette concentration sélective des IDE accentuent les divisions entre les pays en développement qui deviennent entre eux des concurrents vis-à-vis des investisseurs* » dans son ouvrage « *L'investissement international et le droit au développement* », Paris éd. L'harmattan, 2002 p.66

exercent sur eux un contrôle suffisant ». ¹⁰³ La protection dans le contexte ouest africain montre un renouveau des réglementations en ce sens qu'il n'y plus la distinction classique entre les réglementations incitatives, les réglementations dissuasives et les réglementations neutres. L'Afrique de l'ouest semble s'inscrire résolument dans l'optique de la protection et de la promotion des investissements, afin de se positionner comme destination privilégiée des capitaux actuellement et surtout dans le futur. Les questions doctrinales qui sont agitées sont diverses. Cela consiste à accorder les meilleures traitements possibles en conformité avec le droit international et les pratiques les meilleures au niveau international ; mais aussi préserver la souveraineté des États d'accueils, respecter les règles et normes internationales sur le plan environnemental, social, sanitaire et englobe aussi les problèmes liées au patrimoine culturel. Il est question ici de concilier les pratiques du libéralisme économique en matière d'investissement étranger et les impératifs de justice sociale prévus et consacrés par le droit international. ¹⁰⁴ La protection de plus en plus importante et sans cesse incitative trouve son fondement dans le mouvement quasi planétaire des grandes entreprises-du Nord comme du Sud maintenant- qui investissent et vont s'implanter là où se trouvent les consommateurs actuels, mais aussi futurs comme l'Afrique de l'ouest. Ferhat Horchani dit à ce propos que : « *Le monde constitue un seul marché et les ressources à mobiliser peuvent être trouvées à n'importe quel endroit de la planète.* » ¹⁰⁵ L'ouverture à outrance aux investissements étrangers à travers des réglementations de plus en plus attractives et incitatives a aboutit à un déséquilibre sans précédent des droits et obligations entre Etat(s) et investisseurs étrangers. La professeure Sabrina Robert-Cuendet analysant le régime juridique de protection prôné par les TBI souligne que : « *Sitôt redécouvert le droit des investissements internationaux est entré en crise. ce qui ressort à priori des nombreuses réactions de rejet à l'encontre des instruments classiques de promotion et de protection des investissements dont on n'a que récemment mesuré les lourdes implications juridiques et politiques. Les réquisitoires à l'encontre d'un régime juridique déséquilibré qui semble offrir aux investisseurs une quasi-immunité législative sont violents* ». ¹⁰⁶ De par ses différentes dimensions nationales, internationales, la sécurité juridique embrasse maintenant la dimension communautaire. La particularité de la protection dans un élan intégrationniste consiste à faire la promotion des investissements étrangers, mais aussi intra communautaires. Le modèle de protection pose la question de la souveraineté et de l'harmonisation de l'environnement juridique de l'investissement. La doctrine communautariste européenne a abondamment évoqué ces questions et problématiques ¹⁰⁷, mais aussi la doctrine communautariste africaine. ¹⁰⁸ Le recentrage des

¹⁰³ Voir Feuer (G.) Cassan (H.) « *Droit international du développement* » deuxième édition, Paris éd. Dalloz, 1991 p.453

¹⁰⁴ Voir Jouannet (Em.) « *Le droit international libéral-providence une histoire du droit international* » Bruylant, éd. Bruylant 2011 p. 285

¹⁰⁵ Voir Horchani (F.) « *Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation* » JDI-2, 2004 pp.367-417 p.371

¹⁰⁶ Voir Cuendet-Robert S. « *Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers* », RGDIP-3 2016, p. 539

¹⁰⁷ Notamment sur la réalité des rapports entre les États membres et l'entité « supra nationale » qu'est Bruxelles. Sur la compatibilité des TBI entre Etats-membres et/ou les TBI signés par un État membre avec un pays tiers Voir EL Boudouhi S. « *L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec des États tiers* » Revue trimestrielle de droit européen janvier-Mars 2011 pp.85-115. Sur les rapports entre le droit conventionnel et dérivé européen avec les traités internationaux sur

Nations Unies sur l'environnement et les biens communs influent beaucoup sur les règles relatives aux investissements dans leurs aspects liés à la protection.¹⁰⁹ L'investissement en Afrique de l'ouest a une dimension actuelle évidente et intéressante.

Le droit international des investissements si dynamique si évolutive semble désormais s'inscrire dans une volonté de prise de conscience, de conformité avec le bien commun

G- Intérêt actuel et dynamique

Les pays en développement rivalisent de réglementations en vue de démontrer qui sera le meilleur pour réserver un traitement « royal à l'investissement et aux investisseurs étrangers ». Les investissements étrangers sont au cœur de l'actualité africaine. Le phénomène d'attractivité et de promotion sont au cœur de la démarche, la vision et le programme des pouvoirs publics en Afrique de l'ouest.¹¹⁰ Le dynamisme de l'investissement dans l'actualité économique et politique africaine est dû à l'assistance des Organisations internationales comme la Banque mondiale. Le contexte de ses réformes législatives et réglementaires s'inscrit dans la ruée dont l'Afrique de l'ouest fait l'objet de la part des investisseurs étrangers

l'investissement ; voir Robert-Cuendet S. « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? » RGDIP-4 2011 ; voir aussi le statut des TBI au sein de la zone communautaire, Poulain B. « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne » RGDIP-2007, pp.803-828 ; voir Poulain B. « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », RGDIP-4 2009, pp.873-895

¹⁰⁸ La doctrine communautariste africaine sur l'harmonisation des investissements dans l'espace ouest africain est représentée par divers écrits Ouédraogo Mahamadou S. « Les problèmes juridiques relatifs à la Communautarisation du droit des investissements dans l'espace UEMOA » AFDI-2012 pp.515-549 ; Mbengue Moïse M. & Illy Oussené « Les interactions institutionnelles dans le régionalisme africain », in « La Régionalisation du droit international » SD de Stéphane D. Billé, Bruxelles, éd. Bruylant 2012 pp.306-328 ; voir aussi Ntwari G-Fleury « Les Organisations régionales africaines et l'énergie » pp.163-176 *ibid.*

¹⁰⁹ On assiste à une « mini » inversion de la tendance : c'est-à-dire le passage de la « *Responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des TBI* » Charles Leben AFDI 2004 à la « responsabilisation de l'investisseur et de l'investissement étranger » Mbengue Makane-(M.) Voir « Les Obligations des investisseurs étrangers » In SFDI Colloque de Paris 8 St-Denis « *L'entreprise multinationale et le droit international* », Paris, éd. A. Pedone, 2017, p.296. ; « *de la remise en cause du maintien d'un régime de protection spécifique des investisseurs étrangers qui a une effet perturbateur et la nécessité d'une normalisation du droit international des investissements qui passe par l'extension de la protection des traités d'investissements aux opérateurs locaux* » la thèse défendue par Sabrina R-Cuendet « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers » in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » SD de Sabrina R-Cuendet, Bruxelles, éd. Bruylant, 2017 p. 276 et s. Cette tendance timide de recentrage au profit des États d'accueil et des normes sociales et environnementales est prise en compte par l'arbitrage Etat/investisseur « *refus de sanction d'une expropriation prise au motif de la protection de la santé publique de la part d'un gouvernement* » voir CIRDI Philip Morris Brands, Philip Morris Products S.A. and Hermanos S.A. c. République of Uruguay CIRDI,aff.N°ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016 ; La nécessité de la responsabilisation de l'investisseur étranger- particulièrement les grandes entreprises s'implantant dans les pays en développement- est liée aux menaces sur la planète liées au réchauffement climatique voir globalement N-U « Accord de Paris du 12 décembre 2015 sur le climat qui parle art.de son « *objectif, vise à renforcer la riposte mondiale à la menace des changements climatiques, dans le contexte du développement durable et de la lutte contre la pauvreté* »

¹¹⁰ A la faveur des voyages, des forums et conférences et des conseils présidentiels d'investissement, l'accueil des investisseurs est au cœur des politiques de développement dans cette partie de l'Afrique. Voir Anani Sitti E. « *Investir en Afrique pour gagner L'entreprise africaine et la mondialisation* » Paris éd. L'Harmattan, 2012 spécialement p. 73-98 ; voir aussi Amboulou Didace H. « *Le droit des investissements et l'analyse économique de l'espace OHADA* ». Paris l'Harmattan , 2016 p. 101 et s.

traditionnels comme les nouveaux venus. L'actualité économique contemporaine montre chaque jour les convoitises dont les pays d'Afrique de l'ouest font l'objet à travers les forums d'investissement, les sommets Afrique avec différents grands pays du monde ; et la signature d'accord accompagnant la visite de chefs d'Etat d'Afrique de l'ouest. L'Afrique et particulièrement l'Afrique de l'ouest est la dernière partie du monde en réserve de développement et de croissance, c'est pourquoi ; différentes catégories d'investisseurs et d'investissements étrangers se ruent dans ces pays. Il s'agit des fonds d'investissement, des fonds souverains, des acteurs classiques et des nouveaux acteurs. La convoitise dont l'Afrique de l'ouest fait l'objet concerne des domaines où les investisseurs étrangers étaient jusqu'ici peu actifs, il s'agit des investissements sur le foncier agricole africain, qui récemment a beaucoup fait l'actualité et préoccupe les gouvernements, les ONG et surtout les Organisations internationales comme la FAO et l'UA¹¹¹. L'intérêt actuel démontre-t-il un besoin en Afrique ? L'Afrique a une carte sérieuse à jouer actuellement et surtout dans un futur proche en ce qui concerne la protection et la promotion des investissements étrangers. Si l'actualité avait auparavant et souvent écorné l'image de l'Afrique aux yeux des investisseurs étrangers du fait de la conflictualité élevée, l'actualité présente démontre que la stabilité politique, la conformité aux meilleures pratiques sur le plan international et la pratique des co-entreprises d'investissement peuvent permettre à cette partie de l'Afrique de tirer positivement son épingle du jeu. De même, dans un contexte économique international marqué par la résurgence du protectionnisme, repli commercial et protection contre certaines formes d'investissement dans les pays avancés,¹¹² l'Afrique se montre par contre plus ouverte et résolument engagée en faveur des investissements étrangers. Traditionnellement, si l'investissement étranger s'est concentré sur le secteur extractif africain, la donne est en train de changer. Les investisseurs s'intéressent de plus en plus aux avantages et possibilités dans les autres secteurs.

V- Méthodologie et délimitation

H- Cadrage d'étude

1- Le cadrage spatial

¹¹¹ Voir la volonté de régulation juridique et institutionnelle UA-BAD-CEA Addis-Abéba Ethiopie Septembre 2010 « *Cadre et lignes directrices sur les Politiques foncières en Afrique Politiques foncières en Afrique : un Cadre pour le renforcement des droits fonciers, l'amélioration de la productivité et des conditions d'existence* », elle « *tente de formuler les principes essentiels qui devraient sous tendre l'élaboration, le contenu et la mise en œuvre de politiques foncières dans les États membres africains* » https://www.uneca.org/sites/default/files/uploaded-documents/LPI/fg_on_land_policy_Fre.pdf ; voir aussi Jacquemot (P.) qui pose la nécessité d'« *aller vers des investissements responsables ?* » dans un article « Les acquisitions foncières à grande échelle en Afrique : réalités et conséquences » pp.35-45 in « L'Afrique face aux pays émergents : vers des relations renouvelées », Sd Gilles Ferréol, Paris, éd. L'harmattan & EME éditions, 2017, p.43

¹¹² L'activisme de certains « néo acteurs » de l'investissement direct étranger- notamment les acquisitions d'entreprises dans les pays développés- est tel que ces derniers se protègent des IDE à travers un durcissement du cadre juridique pour des raisons « *sécuritaires et de souveraineté* » Directives de l'UE en préparation. Consacre le filtrage.

L'Afrique de l'ouest dans sa globalité offre une diversité territoriale, géographique, linguistique, normative et institutionnelle sans précédent. Toute étude et recherche ou la prétention d'en mener sur l'Afrique doit compter avec ces spécificités et particularités citées. Elle ne peut être conçue comme une entité un bloc homogène que tout unis. Au contraire, il y a plusieurs Afrique nonobstant son unité géographique.

En outre elle a des nuances : les pays de tradition juridique française¹¹³ seront beaucoup plus étudiés du fait de certaines particularités des pays francophones : la productivité normative identique, l'identité sur le plan institutionnel et la facilité de l'accès aux sources primaires. Cela dit, les pays de la sphère anglophone ne seront pas négligés pour autant dans le cadre de la présente recherche et on y fera référence. Il serait intéressant de noter que si du point de vue régional ouest africain, les pays de tradition juridique (Common Law et ceux du système de droit continental-, sont différents sur le plan organisationnel, institutionnel et administratif, l'intégration économique africaine vient bouleverser en partie ce particularisme normatif. L'évolution du processus d'intégration a abouti à l'émergence d'un droit dérivé régional d'investissement qui les a unis. Cela a atténué le « nationalisme » législatif et facilité ainsi l'étude des investissements dans un cadre harmonisé avec l'émergence d'un droit dérivé régional sur les investissements. En effet, à la faveur du foisonnement normatif en vue d'harmoniser les règles relatives à la protection et à la promotion des investissements dans l'espace CEDEAO, on assiste à une unification normative qui rend aisé non seulement le processus d'intégration, mais surtout une facilité à décrire désormais plus facilement le cadre spatial d'Afrique de l'ouest sur le plan des normes relatives aux investissements. Pour le professeur Togba Zogbelemou : ces bouleversements du cadre spatial normatif et institutionnel sont facilités par « *les premiers signes d'essoufflement de l'Etat-Providence, mastodonte que les pouvoirs publics avaient du mal à gérer, et l'échec de la politique économique à l'origine du surendettement des États africains* ». ¹¹⁴ Le cadre spatial de l'Afrique particulièrement l'Afrique de l'ouest jadis hétéroclite avec la présence de beaucoup de pays au système normatif différents, est désormais plus facile à appréhender par le chercheur du fait des transformations notées sur le plan institutionnel, notamment l'avancement et les progrès notables du processus d'intégration dans son aspect juridique.

2- Le cadrage temporel

Le choix d'un cadre temporel précis pour traiter les sujets relatifs aux sciences sociales notamment les sciences juridiques, n'est pas facile. En effet, si le sujet s'étale dans le temps, on court souvent le risque de tomber soit dans les extrapolations, soit traiter le sujet de façon chronologique sans saisir éclaircir, analyser et s'appesantir sur certains détails ou apports décisifs. C'est la raison pour laquelle, délimiter le cadre temporel de traitement et de recherche sur un sujet est important voire déterminant sur l'efficacité des résultats de la recherche. D'où le choix qu'on a fait d'inscrire le sujet sur la protection des investissements

¹¹³ Voir Soleil Sylvain « *Le modèle juridique français dans le monde une ambition, une expansion (XVIe-XIX siècle)* », Paris éd. IRJS éditions, 2014

¹¹⁴ Voir Zogbelemou T. « *Droit des organisations d'intégration économique en Afrique CEDEAO -CEMAC-UEMOA-ZMAO* », Paris, éd. L'Harmattan, 2014 p.17

en Afrique de l'Afrique de l'ouest dans le contexte de la mondialisation économique, l'ouverture et la convoitise dont ces pays font l'objet de la part des entreprises étrangères, des investisseurs étrangers et des différents pays- traditionnellement développées et pays nouvellement industrialisés-. Par conséquent, le cadre temporel de l'étude va se concentrer sur l'évocation des textes législatifs et réglementaires généraux et sectoriels, les instruments multilatéraux sectoriels, les TBI et le droit dérivé communautaire relatifs à la protection des investissements internationaux. Ces instruments sont étudiés dans leur contexte d'élaboration et d'application¹¹⁵. Ce contexte s'est fait de l'adoption des instruments nationaux, communautaires et internationaux très libéraux et prônant l'ouverture aux capitaux extérieur et à la liberté d'entreprendre. Le contexte de cadre est aussi fait de l'omniprésence, l'influence et des conseils apportés par les Organisations internationales pour leur permettre d'avoir un cadre législatif et réglementaire attractif et sécurisant pour les investisseurs étrangers. Le choix de ce cadre temporel consécutif à la mondialisation économique libérale des années 1990, n'empêche pas pour des raisons académiques toujours intéressantes, la revisite des concepts, vocables, lois, et résolutions plus ou moins progressistes adoptés lors de la période marquant une revendication des pays africains et autres à la revendication d'un nouvel ordre économique international beaucoup plus juste. C'est pourquoi, des développements concernant l'époque relative à la NOEI sont utiles, non pas pour s'appesantir sur cette période charnière de revendication tiers mondiste, mais surtout, pour battre en brèche certaines idées reçues sur l'adhésion des pays d'Afrique de l'ouest. En effet, leur adhésion très tôt à la Convention de Washington de 1965 portant création du CIRDI, acceptant très tôt d'accueillir les IDE et d'accepter le principe de l'arbitrage comme mécanisme de règlement des litiges au détriment des juridictions nationales, démontre- contrairement à des idées reçues sur l'unité du mouvement tiers-mondiste que les pays d'Afrique de l'ouest ont fait très tôt le choix de l'ouverture et d'incitation aux IDE. L'adhésion aux idées progressistes inscrites dans le NOEI était par essence due une réaction à la colonisation, aux idéologies tiers mondiste ambiante de l'époque, et non par conviction aux idées progressistes en matière d'IDE. Pour résumer, on peut dire que cette période a vu un comportement diplomatique et économique pour le moins paradoxale vis-à-vis des IDE et des relations avec les entreprises étrangères de la part des États d'Afrique de l'ouest : d'une part, ils profitaient de la diplomatie de tribune aux Nations-Unies pour dénoncer les injustices du système commerciale et économique international, d'autre part, les Codes d'investissement de l'époque avait paradoxalement fait le choix de l'ouverture, d'accueil et la protection des investissements étrangers. Le choix du cadre temporel libéral choisi permet d'analyser sur le plan comparatif les différents instruments normatifs relatifs à la protection des investissements étrangers dans le contexte de l'Afrique de l'ouest. Puisque le contexte actuel démarré au lendemain des années 1990 est important pour les pays d'Afrique de l'ouest, parce que c'est l'air de la liberté de choix avec la chute du mur de Berlin et des transitions démocratiques et du Discours de la Baule de François

¹¹⁵ Ce contexte est celui de l'ouverture, la promotion et l'incitation aux investissements étrangers de la part des pays d'Afrique de l'ouest. Le contexte d'incitation et d'ouverture n'est pas uniquement propre aux États de la sous région, mais un phénomène international. C'est l'ouverture et la promotion à l'heure de la mondialisation, et malgré la souveraineté législative des Etats, dans les faits les « *mouvements de capitaux, de biens d'équipement et de transactions s'opérant par-dessus les frontières nationales* », voir Horchani F. « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », J.D.I. 2, 2004 p.368

Mitterrand sur la nécessité de démocratiser les régimes politiques africains ; ce que le professeur Francis Wodié appelle comme « *le passage continu d'un système posé ou supposé non démocratique à un système proposé comme devant l'être* »¹¹⁶ Le choix du cadre temporel de traitement serait incomplet sans l'évocation des méthodes d'analyse à travers les différentes approches utilisées pour produire la présente recherche.

I- Méthode d'analyse

On convient dans le cadre de cette recherche, il n'y a pas une approche spécifique pour traiter un sujet. Le domaine des sciences sociales offre la richesse que constitue la pluralité d'approche d'analyse.

- Analyse normative :

Même si toutes les approches se valent, ici l'approche qui est utilisée pour le traitement du sujet est l'approche normative comparative entre les différents environnements juridiques. Elle va consister à analyser les différents cadres normatifs relatifs à la protection des investissements étrangers. Entre autres, il s'agit concrètement des Codes des investissements et extractifs les TBI, l'adhésion aux instruments multilatéraux sectoriels, l'irruption du cadre communautaire avec le droit dérivé relatif aux investissements intra et extracommunautaires. Pour des raisons scientifiques et de commodité, le choix se porte uniquement sur l'exégèse des textes pertinents dans leur triple dimension nationale, communautaire et internationale. Le sujet est intéressant dans ses aspects politiques et économiques, mais pour des raisons liées à notre formation et l'intitulé de celui-ci, l'angle juridique sera privilégié. Toutefois, le sujet étudié (l'investissement), le terrain choisi (l'Afrique de l'ouest) et les acteurs concernés- (Etat(s)- investisseur(s) étranger(s)- montre qu'outre l'aspect strictement normatif, le sujet fera quelques digressions d'analyse politiste pour sortir dans l'illusion du tout textuel ou jurisprudentiel. Car dans un continent comme l'Afrique objet d'enjeux multiples en la matière, il est souvent difficile de séparer l'analyse strictement normative et l'analyse dynamique convoquant la science politique. Faisant allusion au constitutionnalisme africain, le professeur D.G. Lavroff souligne pertinemment que : « *l'analyse des constitutions africaines est un instrument pour la compréhension des systèmes politiques des États de l'Afrique noire* ». ¹¹⁷ Même si l'approche choisie qu'est l'analyse des textes pertinents sur l'investissement, ne permet pas un traitement exhaustif du sujet et de sa complexité dans ses différents aspects, il est privilégié puisque le caractère scientifique de la protection juridique s'inscrit totalement dans une dimension normative. L'approche choisie a conduit à une méthodologie à trois phases qui a permis l'élaboration et la production de ce travail de recherche.

1- L'approche documentaire

¹¹⁶ Voir Wodié F., « Problématique de la transition démocratique en Afrique », Document présenté à la VIIe A.G. du CODESRIA, Dakar, Sénégal, février.1992, cité par Atsimou Andzoka S. « L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique ? Les exemples de l'Afrique du Sud, de la République démocratique du Congo, du Burundi et du Congo Brazzaville », Paris éd. L'harmattan, 2015 p.52

¹¹⁷ Voir Lavroff D.G., « *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire : les États francophones* », Paris éd. Pedone, 1975 p.9

C'est la première méthode qu'utilise le chercheur en vue de connaître, d'éclaircir et de cerner les contours d'un concept, d'un problème, d'une structure ayant un aspect politique, diplomatique, économique, militaire, sportif et culturel. Elle consiste à collecter, étudier et analyser systématiquement les ressources documentaires au plan textuel, jurisprudentiel et doctrinal relatives aux investissements étrangers en Afrique de l'ouest. Concrètement, cela consiste à recenser les instruments nationaux, internationaux et communautaires relatifs aux investissements étrangers en Afrique de l'ouest¹¹⁸. L'aspect jurisprudentiel est essentiel à la compréhension de certaines problématiques liées à la protection des investissements étrangers. Puisqu'à la faveur de l'évolution du droit international des investissements la jurisprudence a été d'un apport non négligeable notamment l'arbitrage institutionnel CIRDI.¹¹⁹ Le dernier aspect de l'approche documentaire, c'est la remontée de la filière bibliographie relative au thème de la protection de l'investissement. Cela passe par la lecture des ouvrages les plus anciens aux plus récents pour mieux situer l'état de la recherche sur la question. Pour poursuivre dans cette même voie, la documentation n'a pas été que textuelle, ouvrage et articles de doctrine, elle englobe aussi consultation de rapports, études et analyses faites par les Organisations économiques internationales telles que la Banque mondiale¹²⁰ et la CNUCED¹²¹ et l'OCDE.¹²² L'utilisation de l'approche documentaire abondamment utilisée

¹¹⁸ L'apport textuel qui est notre source officiel permet de vérifier le niveau et la réalité de la protection des investissements en Afrique de l'ouest. Il permet de savoir la capacité des États de la région à voter des lois, mettre en place un cadre législatif et réglementaire attractif pour sécuriser les investisseurs étrangers. Il permet aussi de vérifier la capacité des États d'accueil de l'Afrique de l'ouest à négocier, signer et appliquer de bonne foi des différents instruments conventionnels sectoriels et bilatéraux auxquels les États sont partis.

¹¹⁹ Voir « CIRDI 45 ans après » Actes du colloque de Tunis des 11, 12 et 13 mars 2010, Paris éd. A. Pedone 201 ; voir aussi l'expérience des pays africains dans les procédures d'arbitrage Tall S. Nourou « L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers : les États d'Afrique subsaharienne devant le tribunal CIRDI » Revue Edition DJuridique Africaine EDJA N°56 janvier-Février 2003, pp.53-84

¹²⁰ Le Groupe de la B.I.R.D. appelé Banque Mondiale est sans nul doute l'Institution internationale la plus influente en matière de promotion des investissements dans le monde et particulièrement dans les pays en développement. Outre la négociation de traités internationaux portant sur l'influence (Convention de Washington du 26 mars 1965 créant l'arbitrage institutionnel (Le CIRDI), l'Accord de l'AMGI à Séoul le 11 octobre 1985 créant un instrument universel de garantie contre les risques politiques en matière d'investissement, la Banque suscite des Accords pour un meilleur traitement des investissements à l'instar des « Principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger » 21 septembre 1993 (instrument Soft non obligatoire). Son influence dans les pays en développement est devenue déterminante à la faveur de l'instrument « Doing Business » qui mesure la sécurité juridique et l'efficacité de l'environnement des affaires dans le monde. Un instrument de classement très prisé par les gouvernements africains et les investisseurs étrangers, voir le premier Rapport DB-SFI Rapport 2004, « Understanding Regulation » 1ère édition, 211p. ; voir aussi le dernier Rapport DB-SFI 2017 « égalité des chances pour tous », 14^e édition, 60p. <https://www.doingbusiness.org/reports>

¹²¹ Cette Organisation procède régulièrement à des études/pays sur l'environnement des investissements à la demande des gouvernements ; un Guide pays : l'exemple du Mali « Guide de l'investissement au Mali : opportunités et conditions » UNCTAD/ITE/IIA/2006/2 68p. Elle procède à des études sur l'environnement des investissements dans le monde : « Définitions des règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives » Nations-Unies, New-York & Genève, 2008, 95p. ; « Attirer les investissements étrangers directs dans les pays en développement : la contribution des Accords internationaux d'investissement » Nations-Unies, NY & Genève, 2009, 128p. Elle rend enfin un Rapport annuel très attendu sur les investissements étrangers dans le monde. « World investment Report » Voir le Rapport sur l'investissement de 2017 « L'investissement et l'économie numérique » Repère et vue d'ensemble, 66p. N-U, NY & Genève 2017 au : unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2017_overview_fr.pdf

¹²² L'OCDE une Organisation qui regroupe les pays les plus industrialisés est une enceinte de négociation pour la conclusion d'accord internationaux relatifs à la pratique des investissements dans les pays en développement « Les Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », OCDE, 1974, amendé en 2011 ». Elle a subi un échec dans sa tentative d'instauration d'un instrument juridique universel relatif à

dans le cadre de ce travail de recherche permet de mesurer les efforts qui ont été faits par les États d'Afrique de l'Ouest pour mesurer la protection et l'effectivité du cadre normatif et institutionnel de la protection.

2- L'approche par questionnaire

Compte tenu de la dimension pratique du sujet, de son actualité et des enjeux majeurs qu'il soulève au niveau économique, politique, social, environnemental, fiscal, il ne peut être traité en faisant abstraction aux acteurs directement concernés que sont les États d'Afrique de l'ouest et les investisseurs étrangers- grandes et petites entreprises, fonds d'investissement fonds souverains fonds de pensions-. De la même manière, cette démarche se justifie, par le fait que les acteurs directs sont mieux placés pour évaluer l'efficacité et mesurer la solidité et l'attractivité des politiques juridiques de protection des investissements étrangers. Notre démarche en vue d'en savoir plus sur les acteurs directement, a conduit à solliciter les missions et représentations diplomatiques des pays d'Afrique de l'ouest accrédités sur le sol français. En vue de savoir les modalités de la protection et de la promotion des investissements étrangers mises en place dans un grand pays émetteurs d'IDE comme la France, l'on a sollicité et eu des entretiens avec les diplomates – et fonctionnaires travaillant dans des représentations diplomatiques -,notamment celui du Nigéria, de la Guinée Conakry, du Ghana et de la Côte d'Ivoire, ces derniers ont dressé un panorama et l'environnement juridique relatif à la protection, à la promotion et au traitement des investissements directs étrangers. L'expérience fut concluante, dans la mesure où il a permis d'avoir pas mal d'informations sur les différentes réformes juridiques, fiscales et institutionnelles menées en vue de promouvoir la destination de leur pays. En effet, cette séance de questions réponses passées dans chaque représentation diplomatique à Paris a aussi permis de noter les difficultés liées à la perception trop élevée du risque- pays dont ces pays ouest africains font l'objet de la part de la communauté des investisseurs étrangers. De même, ces différents entretiens montrent-si besoin en est- que l'aspect relatif à la promotion demeure insuffisant pour rendre attractive la destination de l'Afrique de l'ouest pour des investissements étrangers. Cela est dû sans doute au manque de moyens financiers et budgétaires pour un maillage effectif en représentation dans les pays émetteurs. Il y a aussi un autre facteur qui a trait à l'insuffisance et à la compétence d'un personnel humain dévoué et compétent concernant les aspects liés aux investissements étrangers. Toutefois, il faut souligner que la représentation du Ghana à Paris a été particulièrement réceptive durant la séance de travail des questions- réponses. Cela va de l'historique des problématiques liées à l'investissement dans son pays, aux différentes réformes actuelles- au plan juridiques, fiscales et institutionnel- et les perspectives au plan de la promotion de la destination de Ghana mis en place par son gouvernement pour recevoir plus d'investisseurs étrangers et de projet d'implantation d'entreprises étrangères.

l'investissement (Accord multilatéral sur l'investissement AMI en 1997). Voir Juillard (P.) « A propos du décès de l'A.M.I. », AFDI-1998, pp.595-612 Elle publie régulièrement des études, rapports sur l'investissement étranger. Au niveau régional, des pays développés ou des pays en développement Voir à propos « Investir en Asie » sd d'Oman (Ch.) Douglas H. Brooks & Glum Foy OCDE, 1997, 261p. ; voir aussi « Promouvoir l'investissement direct étranger dans les pays en développement », OCDE, 1993, 96p.

3- L'approche de l'observation directe

Le droit est une science sociale domaine où par excellence, l'interprétation et la relativité ont droit de cité. Dans le cadre de cette recherche, l'observation est utilisée comme une approche témoin c'est-à-dire un bilan entre ce que disent les textes au triple niveau national, international et communautaire, ce qui est jugé, tranché et précisé par les tribunaux arbitraux et la réalité de la protection des investissements étrangers en Afrique de l'ouest dans son approche globale. L'approche de l'observation directe est doublement intéressante : en effet, il permet, d'une part, au chercheur d'apporter un regard détaché, critique, et constructif en vue de voir et approfondir l'analyse sur ce qui ne va pas entre ce que disent et prévoient les textes législatifs et réglementaires mais aussi les traités bi et multilatéraux relatifs aux IDE, par rapport à la réalité concrète sur le terrain des différents pays ouest africains au niveau régional, national et local. D'autre part, il faut s'interroger entre ce que disent les textes de référence en matière de protection des investissements et la pratique des acteurs concernés en Afrique de l'ouest . Cela permet de mieux comprendre les difficultés auxquelles les États et les investisseurs étrangers sont confrontés afin de mieux comprendre les enjeux à différents niveaux, et de dégager ainsi des perspectives intéressantes et faisables afin d'atteindre la globalité de la protection de l'investissement dans un contexte où, la concurrence est forte et tenace entre les Etats pour leur accueil.

Les problématiques et les hypothèses dégagées dans le cadre de cette recherche quant à la protection des investissements étrangers en Afrique de l'Afrique ont été déclinées en différents chapitres où on s'est efforcé de démontrer la teneur, l'efficacité et la portée des textes internes, internationaux et communautaires relatifs aux IDE dans la sous région ouest africaine. Le modèle de protection adopté et étudié a été celui global. En effet, la globalité consiste à prendre acte du constat actuel de déséquilibre manifeste du droit des investissements internationaux et proposer des solutions juridiques afin que les Etats d'accueil conçoivent, proposent, présentent et exécutent des textes équilibrés pour une protection sécurisante pour tous les acteurs (Etats et investisseurs étrangers). De même, la protection des investissements étrangers n'est pas que l'affaire des Etats en Afrique de l'ouest. L'étude de la question a permis de comprendre que d'une part, l'influence des Organisations économiques internationales est très visible et forte dans la négociation, l'adoption, la réforme, la promotion et l'exécution des lois, normes et conventions relatives aux IDE. D'autre part, un aspect essentiel de la protection de l'investissement mérite d'être souligné, c'est l'irruption des Organisation communautaires à l'instar de la CEDEAO en Afrique, qui au nom de l'intégration et la mise en place d'un marché commun des investissements et la nécessité de la circulation des personnes, des biens et des services, a mis en place un cadre juridique dérivé relatif aux investissements intra et extra communautaires. La zone de l'Afrique de l'ouest-composée essentiellement de pays en développement et importateurs de capitaux- demeure très attractive aux IDE au regard de ses potentialités multiformes et immenses. Toutefois, elle a toujours été frappée par un cadre législatif et réglementaire pas assez souvent protecteur des intérêts du/des pays d'accueil. Dans un contexte d'effort de développement particulier, les pays de l'Afrique de l'ouest accordent une importance de haute facture à la mise en place d'un cadre juridique attractif, sécurisant, non discriminatoire et désormais protecteur de leurs

intérêts légitimes dans leur rapport avec les investisseurs étrangers. L'idée et l'action de protection des IDE ne peuvent être évoquées sans tenir en compte un cadre juridique et réglementaire marqué entre autre par plusieurs facteurs juridiques, institutionnels et historico-diplomatiques s'influençant mutuellement dans la recherche et l'amélioration d'un environnement juridique attractif des affaires et en conformité avec les meilleures pratiques internationales. En Afrique de l'ouest, la protection des investissements directs étrangers est caractérisée ainsi et en premier lieu par son axe de protection internationalisée et individualisée (1ère partie) qui fait ressortir les marqueurs de la dualité entre l'héritage tiers mondiste de ces pays et leur volonté de pragmatisme à l'échelle universelle à travers les instruments nationaux et bilatéraux de protection des investissements.

En second lieu, la volonté d'harmonisation de la protection substantielle de la CEDEAO accompagnée d'apparition de nouveaux acteurs et cadres organisationnels d'une telle protection en Afrique de l'ouest, constitue le second axe qui témoigne de l'émergence d'un aspect institutionnel nouveau notamment communautaire de la protection et d'efficacité pour l'attraction des investissements directs étrangers en Afrique de l'ouest (Deuxième partie).

Première partie : La protection juridique individualisée et internationalisée des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest

1. L'investissement est un concept qui a de multiples aspects. C'est avant tout un concept économique avant d'être juridique. Il est la rencontre de deux espérances : celle de l'investisseur qui veut augmenter ses marges et gagner en rayonnement sur les marchés extérieurs. Il y'a aussi celle du/des pays d'implantation qui veulent accueillir et profiter des capitaux, de la technologie et du savoir-faire de pays avancés/entreprises étrangères en vue de leur propre développement. C'est la raison pour laquelle, après leur accession à la souveraineté internationale, les pays en développement en général, et d'Afrique de l'ouest en particulier, ont mis en place des instruments juridiques particuliers en vue d'accueillir des investissements utiles au développement et de nouer des relations avec les firmes transnationales des pays développés du Nord.

2. Cette mise en place a fait l'objet de débats idéologiques intenses et passionnés. Ceci au niveau interne et surtout au niveau international. Ce débat s'interrogeait sur le contenu, le fondement, les objectifs et la finalité des textes relatifs aux investissements dans les pays du Sud en général et africains en particuliers. En effet, dans ce domaine on ne peut s'abstenir de faire cas de « la forte empreinte de l'idéologie développementaliste » dans les cadres juridiques postindépendances relatifs à l'accueil, le traitement, et la protection les investissements directs étrangers. Le droit au développement et la nécessité d'une Souveraineté absolue sur les ressources naturelles -ces pays en manque de capitaux, technologie et savoirs faire- font l'objet d'un militantisme radical de la part de pays sortant fraîchement de la décolonisation des années 1960. La base de cette revendication, pour une justice économique, a été le fossé qui sépare pays développés et pays en développement. Ainsi, se prononçant pour un nouveau droit social international, l'ancien juge de la CIJ Mohamed Bedjaoui déclarait que :

« L'abime qui sépare les pays nantis des pays pauvres ne fait que s'élargir et cette situation est lourde de conséquences fâcheuse pour l'humanité toute entière. Les problèmes des « prolétaires des Nations » pris individuellement ne doivent pas nous faire oublier ceux des « nations prolétaires » de la communauté internationale. Ce qu'il nous faut, c'est un droit social international à l'échelle des nations. Les pays en développement ont fait appel à la solidarité internationale encore dernièrement à Alger, lors de la conférence des 77. La coopération économique devra être l'expression d'un droit international nouveau impliquant pour les États les mieux nantis l'obligation de contribuer au développement des États les plus défavorisés, dans un esprit de solidarité humaine qui doit exclure désormais toute idée d'exploitation »¹²³.

¹²³ Voir Bedjaoui M., « Pour un nouveau droit social international », Annuaire de l'AAA-, 1969, vol.130, p.29 In « Droit International Bilan et perspectives » Tome 2 Mohamed Bedjaoui, Paris, éd A. Pedone Unesco 1991, pp-1247-1273 p.1248

3. Cet idéal de justice, de solidarité, de partage et de réappropriation de leur souveraineté sur le plan politique et économique, a poussé ces derniers à revendiquer la nécessité de l'instauration d'un ordre international économique plus juste à leurs égards. Les idéaux de solidarité trouvent échos dans la Charte des Nations-Unies qui la proclame: « *Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant ou en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* »¹²⁴.

4. Les pays du Tiers monde, notamment ceux d'Afrique, contrairement aux pays de l'Amérique latine¹²⁵ et des pays de l'Asie, ont eu une réaction idéologique pour le moins ambiguë vis-à-vis de l'investissement¹²⁶. Ceci est la conséquence des rapports de force inégaux entre des investisseurs détenant les capitaux et le monopole de la technologie et du savoir-faire et les États d'accueils qui cherchent à s'en doter à travers un partenariat équilibré. Autrement dit, l'ambivalence et l'opposition d'intérêts en pratique ont été le moteur du droit international des investissements. D'un côté, il y a logique humaine et développementaliste incarnée par les Organismes du système des Nations-Unies et des pays progressistes- qui signifie que le développement : « *est un processus global, économique, social, culturel et politique, qui vise à améliorer sans cesse le bien être de l'ensemble de la population et de tous les individus, sur la base de leur participation active, libre et significative au développement et au partage équitable des bienfaits qui en découlent* »¹²⁷.

5. De l'autre, la logique d'efficacité, incarnée par certains investisseurs et l'idéologie libérale, postule que : « *le droit de l'investissement international et le droit au développement, dans le cadre de la mondialisation néolibérale, n'obéissent pas à la même logique. Le droit de l'investissement international ne prend pas en compte les intérêts des « investis » et des « non émergents », c'est-à-dire de la grande majorité de la population mondiale dont pourtant les « droits » sont reconnus. Il ne répond qu'aux préoccupations des investisseurs dont les intérêts ne coïncident qu'accidentellement avec le développement humain et le bien*

¹²⁴Voir ONU San Francisco, 1945 Charte des N-U Chapitre 1 « *Buts et principes* » art 1^{er} al. 3

¹²⁵Les pays d'Amérique Latine ont toujours eu une position militante vis-à-vis de l'investissement étranger et des rapports avec les entreprises étrangères. Cela s'explique par l'adoption d'une position particulière en droit international général représentée par la « Clause Calvo » qui structure leurs rapports juridiques (clauses contractuelles, règlement des différends et Souveraineté des juridictions internes). Récemment, (pour montrer qu'il y a des îlots de survivance envers les IDE et les modes de règlement des différends prévus à cet effet) des pays de cette sous-région ont dénoncés et quittés la Convention de Washington du 18 mars 1965 établissant le CIRDI. IL s'agit de la Bolivie le 2 mai 2007 ; l'Equateur le 9 juillet 2009 et la République Bolivarienne de Venezuela le 24 janvier 2012 Voir à ce propos Cazala (J.), la Dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI, AFDI LVIII-2012- CNRS ED, Paris, pp551-565.

¹²⁶Un auteur le décrit bien : « *la dimension idéologique de ces prises de partie dans l'exposé des politiques et du droit de l'investissement international, sous couvert d'une approche strictement descriptive et positiviste, est aussi marquée que les analyses privilégiant le développement humain et les règles de droit afférentes sur l'intérêt des investisseurs* » voir Charvin (R), « l'investissement international et le droit au développement », Paris, Ed l'harmattan p.21 , 203p.

¹²⁷Résolution des Nations-Unies A/RES/41/128 du 4 décembre 1986 portant déclaration sur le droit au développement cité par Dupuy Marie-P « *Grandeur et servitudes du droit du développement* » in SFDI colloque de Lyon « Droit international et développement », Paris Ed A. Pedone 2015 p.493 pp 491-499 503p.

commun »¹²⁸. Dans le contexte d'un continent comme l'Afrique, notamment dans sa partie ouest, le souci de la protection des investisseurs étrangers a été une constante des politiques de réglementation. C'est la raison pour laquelle, dans une démarche de sécurité juridique, et en vue de limiter les risques non commerciaux, ces pays ont très tôt adhéré aux conventions multilatérales pertinentes de protection¹²⁹.

6. Ainsi, l'arbitrage et la garantie contre les risques politiques sont considérés, vu la précarité de la sécurité juridique dans ces pays, comme des mécanismes garantissant le mieux la confiance pour l'implantation d'entreprises et d'activités économiques. C'est la raison pour laquelle, ce mouvement de consolidation de réglementations juridiques internationales relatives aux investissements étrangers s'est traduit aussi par la mise en place de dispositions juridiques internes qu'on appelle dans les pays de tradition juridique du code civil de « codes d'investissement ». De même, ce souci de sécurité de l'environnement juridique des pays d'Afrique de l'ouest s'est traduit aussi par la négociation et la signature d'instruments juridiques bilatéraux -que sont les traités de promotion et de protection des investissements étrangers communément appelés TBI-. A la lumière des développements et considérations qui précèdent, le titre 1 de la réflexion se portera sur les « marqueurs de la dualité entre l'héritage tiers-mondiste et la volonté de pragmatisme à l'échelle universelle » et le Titre 2 à « l'attraction finale du développement vers et à travers la protection juridique des investissements étrangers par les instruments nationaux et bilatéraux ».

¹²⁸ Voir Charvin(R), op cit p.26

¹²⁹ Il s'agit de la *Convention de Washington du 18 Mars 1965 portant création du CIRDI* « traité d'arbitrage institutionnel et de la Convention de Séoul de 1985 entre en vigueur 1988 portant création de l'AMGI. Tous les pays d'Afrique de l'ouest font parties de ces deux traités internationaux. Ces instruments juridiques protecteurs feront l'objet de développements ultérieurs.

Titre 1 : Les marqueurs de la dualité entre l'héritage Tiers-mondiste et la volonté de pragmatisme à l'échelle universelle

7. De toutes les matières et branches du droit international public, le droit international des investissements est sans doute la matière la plus imprégnée d'idéologie. Dans cette matière les acteurs ont toujours cherchés à jouer les équilibristes en vue de préserver les intérêts. Ce droit illustre la division internationale du travail entre les pays riches, industriels et exportateurs de capitaux du nord et les pays pauvres, non industriels et importateurs de capitaux¹³⁰. Et entre ces deux acteurs, malgré l'évolution de la réglementation¹³¹ et les tentatives de rééquilibrage¹³², la conciliation semble difficile.

¹³⁰ Ce tableau est loin de refléter la réalité économique et des rapports de force aujourd'hui dans le monde avec la montée et l'émergence de pays/continent qui sont devenus d'investisseurs aussi importants que les pays développés du Nord. La notion de pays exportateurs de capitaux était initialement le monopole des pays de la Triade industrialisée et développée (Europe Occidentale, Amérique du Nord et le Japon). Actuellement, à la faveur de la montée de l'Asie (Chine et autres), la géographie des pays exportateurs de capitaux (par le biais des IDE, prêts, dons et aide au développement etc.) est bouleversée par cette nouvelle donne de l'émergence des « puissances » du Sud.

¹³¹ Au-delà de la prise en compte des considérations sociales et environnementales (au plan interne, communautaire et international) qui sont devenues incontournables dans toute stratégie d'investissement, l'aspect le plus notable et visible de l'évolution du droit international de l'investissement étranger est l'importance acquise par la jurisprudence à travers l'arbitrage Etat/investisseur. Cet aspect de l'évolution et de l'importance de la jurisprudence est souligné par deux auteurs : Selon le professeur Charles Leben : « *Le règlement arbitral des litiges portant sur les investissements est certainement le trait le plus remarquable et le plus important du droit des investissements tel qu'il s'est développé dans les dernières. Sans lui en effet, les autres techniques (comme les clauses de stabilité ou l'éviction plus ou moins complète du droit national) seraient restées sans effet* », Voir Leben(Ch.), « L'évolution du droit international des investissements », in SFDI journée d'études « *un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?* », Paris, éd. A. Pedone, 1999, pp 7-32, p.19. Son collègue Arnaud de Nanteuil s'interrogeant sur le rôle et l'importance de la jurisprudence en droit des investissements étrangers, et la jurisprudence en droit international général, s'écrit : « *On est ainsi en droit de se demander si le droit de l'investissement ne présente pas une certaine singularité au regard du droit international général de ce point de vue : alors qu'au sein de ce dernier, la jurisprudence est clairement considérée comme une source subsidiaire, son importance est telle au sein du premier qu'elle se présente véritablement comme une composante à part entière de l'ensemble normatif qu'est le droit de l'investissement* » voir, pp-125-126. Cet auteur s'empresse de nuancer son propos sur le pouvoir et la place de la jurisprudence en affirmant aussi « *En restant prudent ; on peut donc affirmer que la jurisprudence a toute sa place dans le dispositif de protection des investisseurs étrangers, à condition de ne pas la surestimer ; secondaire, elle l'est assurément puisqu'elle n'est qu'un complément à des normes préexistantes (conventionnelles ou coutumières). Mais ceci n'altère en rien son importance dans l'ensemble du dispositif de protection auquel elle participe pleinement* », voir De Nanteuil A., Droit international de l'investissement, Paris, éd. A. Pedone, 2014, p.127

¹³² Traditionnellement, les règles de protection de l'investissement étranger sont, dans leur conception et exécution, des règles déséquilibrées en faveur de l'investisseur. Tellement déséquilibrées qu'un auteur s'interroge : « *Ne faut-il pas se garder d'interpréter des traités interétatiques du point de vue des investisseurs ou en accordant trop de poids à leurs attentes, quand l'intention sous-jacente est en réalité celles des États signataires ?* L'auteur montre aussi les risques de défiance envers un instrument conventionnel très prisé dans le droit international des investissements modernes en s'interrogeant encore : « *Forcer une interprétation dont on peut douter qu'elle corresponde à ce que les États avaient réellement prévus ou envisagées lors de leur signature des traités, ne risque-t-il pas d'alimenter une défiance grandissante de certains États à l'égard du système des TBI ? Cela pourrait ultimement se retourner contre ce système, en incitant des États, notamment, à en sortir, à ne pas renouveler leurs TBI ou à exclure les clauses NPF des nouveaux TBI, clauses désormais parfois décriées comme dangereuses* », V. Geoffroy Lyonnet « *La clause de la Nation la plus favorisée en droit des investissements : bilan et perspectives Invitation à la prudence* », In journée d'études de l'IHEI de l'Université Paris II Assas le 19 juin 2014 SD des Pr Cahin, Nouvel & Carlos Santulli « *Techniques conventionnelles du droit international des investissements* » publié RGDIIP Tome 119, 2015 n°1, pp.19-45 p.44

8. En effet, le comportement des pays du Tiers-monde, vis-à-vis de l'investissement et des investisseurs, est une réaction face à une injustice économique et une main mise étrangère sur leurs ressources nationales héritées des années de domination. C'est en réaction à ces échanges inégaux que les pays du Sud, en particulier d'Afrique de l'ouest avec la diplomatie du nombre ont fait connaître leurs revendications aux Nations-Unies à travers: « *1. Le droit à la souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé. 2 La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités* »¹³³.

9. Il y a une volonté de contraindre juridiquement les grands pays à jouer un jeu équitable pour la « Souveraineté sur les Ressources Naturelles », « le droit de nationalisation » et l'instauration, via des « résolutions pertinentes », d'un Nouvel Ordre économique International (NOEI). Ces différents instruments soulignent avec force pour les PED : « *le droit de souveraineté permanent des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé* »¹³⁴. De même la revendication de « nationalisation », « d'expropriation » d'actifs appartenant à des firmes étrangères a été consacrée expressément par les textes Onusiens¹³⁵. Cette implication de l'Organisation universelle a, d'une certaine mesure, légitimé l'expropriation et la nationalisation d'investissements et de ressources naturelles dans les pays en développement du Sud particulièrement ceux d'Afrique¹³⁶. Ce souci humain de trouver à travers les règles juridiques la solution au mal développement et à la pauvreté n'a pas toujours été couronné de succès.

¹³³ Voir N-U Doc. Off. A. G., 17^e session, supp. N° 9, Doc N-U A/5209(1962). Art 1 et Art 2 de la Déclaration sur la Souveraineté permanente sur les Richesses naturelles du 14 décembre 1962

¹³⁴ Voir AGNU Résolution 1803(XVII), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ». Adoptée le 14 décembre 1962 par 87 voix contre 2 et 12 abstentions. Précité.

¹³⁵ Voir l'art 4 « Nationalisation » de la Résolution 1803(XVII) de l'AGNU 14 décembre 1962 « Souveraineté Permanente sur les Ressources Naturelles ».

¹³⁶ Si les pays d'Afrique de l'ouest n'ont pas procédé à des nationalisations massives et générales comme dans d'autres pays en développement hors d'Afrique, il n'en demeure pas moins, qu'il y a toujours eu sur le plan local de fortes revendications des Organisations patronales, hommes d'affaires, groupements économiques et syndicaux : « *Devant les exigences des « hommes d'affaires sénégalais » représentant le capital national, une autre loi a institué un « mini code des investissements » dont les dispositions sont identiques à celles du code. Ce régime va bénéficier uniquement aux nationaux sénégalais, personne physique ou morale. Les conditions moins strictes exigées par cette loi s'expliquent par la faiblesse des moyens financiers de ces nationaux par rapport à l'importance du capital étranger. En effet, la majorité de ces nationaux n'ont pas la possibilité d'investir le minimum prévu par le code des investissements pour bénéficier de l'un de ces régimes* ». La loi en question est celle-ci « *Loi 72-46 portant encouragement à la création ou à l'extension de la petite ou moyenne entreprise sénégalaise prise simultanément avec le code des investissements de 1972. Cette loi accorde les avantages suivants pour les entreprises sénégalaises ayant investi un minimum de cinq millions de franc C.F.A. : une exonération en matière de contributions directes de cinq ans, de T.C.A., de droits de douane, la réduction des droits d'enregistrement, qui sont les mêmes que ceux prévus par le code des investissements. Pour la détermination de la Nationalité on applique le critère du contrôle effectif du capital.* Voir Niane (B.) « Le régime juridique et fiscal du code des investissements au Sénégal », Dakar-Paris, Ed NEA & A. Pedone, 1976, pp. 19-20

10. Ceci a poussé « l'idéologie » a cédé le pas à l'efficacité et au pragmatisme incarnées par des Organisations Internationales économiques adeptes du libéralisme et à la nécessité d'accorder plus de places à l'initiative privé- comme moteur du développement- et à l'investissement des firmes transnationales. Ainsi, prenant conscience de l'inefficacité de ce « droit déclamatoire », les pays d'Afrique de l'ouest, soucieux d'accueillir les investissements étrangers et de sécuriser leurs environnements juridiques, adhèrent aux instruments internationaux sectoriels de règlement arbitral¹³⁷ des différends et de la garantie¹³⁸ des investissements. C'est la raison pour laquelle, prenant conscience des risques qu'il y a à faire fuir les investisseurs avec une posture « nationaliste de la réglementation avec à la clé des risques pour l'investissement », les pays d'Afrique de l'ouest, contrairement à d'autres régions du monde¹³⁹, ont été les premiers à signer et ratifier les conventions de Washington du 18 mars 1965¹⁴⁰ et la Convention de Séoul de 1985 portant création de l'AMGI¹⁴¹. Il sera établi, d'une part, que l'héritage tiers mondiste est un marqueur de la protection des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest (Chapitre 1). Il sera d'autre part question sur les expériences et les premiers contacts des pays de la sous-région ouest africaine avec la nouvelle méthode de résolution des différends qu'est l'arbitrage Etat-investisseur et la garantie des investissements étrangers contre le risque pays à travers la structure international qu'est l'AMGI (Chapitre 2).

¹³⁷Notamment la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant créations du CIRDI instrument d'arbitrage et de conciliation interétatique auxquels les pays d'Afrique de l'ouest adhèrent dès le début. Voir Guérari (H.) Droit international économique 2. Le système monétaire international public, l'investissement étranger Documents d'études n° 3.12 La documentation française, 2013 pp.60-61

¹³⁸Convention de Séoul de 1985 portant création de l'AMGI (Organisation Internationale économique chargée de la garantie des investissements étrangers contre les risques politiques dans les pays en développement. Etant donné l'importance des considérations liées au risque-pays(repoussoir manifeste envers l'attractivité aux investisseurs étrangers) les pays d'Afrique de l'ouest adhèrent tôt à L'Agence en étant parmi les premiers à signer et ratifier la Convention de Séoul de 1985 portant AMGI, Voir Ghérari (H.). pp.71-72 précité

¹³⁹L'Amérique Latine fidèle à la doctrine du *Clause Calvo* consacre l'interdiction pour des juges arbitraux de connaître des litiges relatifs aux pays de la région.

¹⁴⁰Les pays d'Afrique de l'ouest, en vue d'une plus grande protection et de promotion des instruments « adaptés » au règlement des différends, ont très tôt adhérents à la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant création du CIRDI. Voir à propos Ghérari H. Documents d'études n°3.12 Droit international économique Vol. 2. Le système monétaire international public, l'investissement étranger. La documentation française, Octobre 2013, pp-60-61

¹⁴¹L'auteur décrit l'Organisme intergouvernemental institutionnellement arrimé à « l'architecture propre au groupe de la Banque Mondiale, à savoir un conseil des gouverneurs où siègent les représentants de tous les pays membres, et un conseil d'administration de 24 membres. » Il poursuit en décrivant la nouvelle Organisation comme ayant une préoccupation particulière envers les pays du Sud et en développement : « Conformément à l'objectif de l'AMGI consistant à promouvoir la croissance économique et le développement, les projets ainsi financés doivent être financièrement et économiquement viables, respectueux de l'environnement et conformes aux normes du travail et aux objectifs de développement du pays d'accueil » Ghérari H. Ibid. pp.-7072

Chapitre 1 : Un marqueur de la protection des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest : l'héritage Tiers-mondiste.

11. De toutes les branches du droit international public, le droit international des investissements demeure la partie la plus dynamique, la plus riche en controverses où le déséquilibre entre acteurs est le plus manifeste. Dans les pays en développement, la vision tiers-mondiste a été le moteur, il y a quelques décennies, des réglementations pour l'accueil des capitaux, de la technologie et du savoir-faire des pays développés et de leurs entreprises multinationales. Analysant la genèse de l'idéologie du développement en la matière, le professeur Alain Pellet souligne que : « *le mouvement qui a amené à l'élaboration de la doctrine internationale pour le développement a une double origine : il n'aurait pas vu le jour si les pays en développement, qui ont été les principaux artisans, n'avaient pas acquis le sentiment de leur solidarité et renforcé leur cohésion ; il serait limité aux pays de la périphérie si ceux-ci n'en avaient obtenu la formalisation au sein des Nations-Unies* »¹⁴². L'émergence de cette vision de justice économique et la nécessité d'instaurer un ordre économique international sont guidées par le souci de parachever la décolonisation économique. Les règles juridiques relatives aux investissements directs étrangers dans les pays d'Afrique et la jurisprudence arbitrale sont marquées par l'obsession et l'omniprésence du paradigme relatif au développement¹⁴³. Le professeur Emmanuelle Jouannet le décrit

¹⁴² Voir Pellet(A) « Le droit International du Développement », Paris Ed. PUF, 1978, pp-11-12, 127p.

¹⁴³ Les Nations-Unies ont toujours été à l'avant-garde de ce « combat progressiste » par différents instruments. Notamment la Déclaration sur le droit au Développement de 1986 ou le préambule affirme : « *Reconnaissant que le développement est un processus global, économique, social, culturel et politique, qui vise à améliorer sans cesse le bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus, sur la base de leur participation active, libre et significative au développement et au partage équitable des bienfaits qui en découlent* » Alors que l'article premier du texte dispose- en renvoyant le développement au rang de droit de l'homme- que : « *1. Le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés, et de bénéficier de ce développement.*

2. *Le droit de l'homme au développement suppose aussi la pleine réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui comprend, sous réserve des dispositions pertinentes des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'exercice de leur droit inaliénable à la pleine souveraineté sur toutes les richesses et leurs ressources naturelles* », Voir la Déclaration sur le droit au développement(4 décembre 1986) cité par Claude-Albert Colliard « L'adoption de l'Assemblée Générale de la Déclaration sur le droit au Développement. (4 décembre 1986) », AFDI XXXIII-1987- ED CNRS, Paris, pp.614-628, pp.625-626. La doctrine de la pensée juridique francophone intervient dans le débat en y ajoutant sa dimension durable et équitable :

« *un processus endogène et cumulatif de long terme, caractérisé par des progrès de productivité et un partage équitable de ceux-ci, permettant, avec des coûts humains et environnementaux acceptables, à un nombre croissant de personnes de passer d'une situation de précarité, de vulnérabilité et d'insécurité à une situation de plus grande maîtrise de l'incertitude, des instabilités, de satisfaction des besoins fondamentaux et d'amélioration des conditions de vie matérielle et non* ». Voir Hugon Philippe, L'économie du développement et la pensée francophone, Paris, Editions des archives contemporaines, 2008, pp8-10 cité par Monebhurrin (NI) « La fonction du développement dans le droit international des investissements », Paris, éd L'harmattan, 2016 pp.26-27. Le concept de développement, la jurisprudence en a fait sa leitmotif : Dans l'affaire « historique » Salini c/Royaume du Maroc 2001. « *Dans cette affaire, le Maroc soutenait qu'un contrat de construction d'une autoroute ne constituait pas un investissement ni au sens de l'article 25 de la convention ni au sens du traité bilatéral de protection des investissements entre l'Italie et le Maroc. Le tribunal arbitral rejeta l'argumentation en notant que « l'investissement suppose des apports, une certaine durée d'exécution du marché(...), une participation aux risques de l'opération (ainsi qu') une contribution au développement économique de l'Etat d'accueil* », voir Leben (Ch.), le droit international des affaires, Paris, éd. PUF, 2003, 127 p. p. 111

pertinemment : « Ainsi qu'en témoignent les multiples déclarations et pratiques juridiques internationalistes d'après-guerre jusqu'à aujourd'hui, le développement correspond à l'une des matrices intellectuelles et sociales les plus importantes de notre époque contemporaine, traduisant un imaginaire qui plonge ses racines dans la veille croyance occidentale au progrès et qui s'alimente aux différentes théories économiques et sociales de l'époque ». Cet auteur poursuit, notant les difficultés à mettre en œuvre un tel projet transformateur avec à la clé des résultats pour le moins mitigés : « Ce nouveau paradigme se met définitivement en place à la faveur d'un accord largement partagé entre le Sud et le Nord au lendemain des indépendances, mais sans que l'on arrive pour autant à en accomplir pleinement le projet »¹⁴⁴.

12. C'est la raison pour laquelle, la finalité de toute cette idéologie progressiste, accompagnant la réglementation des investissements étrangers et l'apport de la technologie étrangère, aura été la nationalisation des actifs des entreprises et firmes étrangères implantées dans le Sud et particulièrement en Afrique de l'ouest. Il faut dire que selon les situations et les objectifs poursuivis, les nationalisations d'investissement diffèrent. Il y a des pays où c'est violent¹⁴⁵ et des pays où par le biais des négociations et compromis on a « indigénisé les entreprises et ressources nationales »¹⁴⁶. Par conséquent, la protection des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest présentait une caractéristique particulière prenant en compte les objectifs poursuivis et les acteurs en jeu. Quoi qu'il en soit, les pays de l'Afrique de l'ouest n'ont pas échappés aux idéologies, aux revendications et le combat pour la souveraineté économique au même titre que les autres régions du monde en développement. L'objectif de l'analyse c'est de voir la tentative de correction des injustices économiques héritées de l'indépendance à travers les expropriations d'investissement (section

¹⁴⁴ Voir Jouannet (Em), « Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international en développement et reconnaissance », Paris, Ed A. Pedone-, 2011 p.13 ,301 p.

¹⁴⁵ Comme par exemple la Guinée Bissau (pays d'Afrique de l'ouest situé au sud du Sénégal) ancienne colonie Portugaise qui a obtenu son indépendance(1973) à la suite d'une longue guerre d'indépendance contre le Portugal (1961-1973) durant laquelle tous les actifs des firmes et ressortissants portugaises ont été confisqués par les nouvelles autorités indépendantes. (Voir l'ouvrage du père de l'indépendance *Cabral Amilcar « l'arme de la théorie, la pratique révolutionnaire »*. Paris, Ed. Maspero 1975) Il y a aussi le cas spécifique de la Guinée (contrairement aux autres pays francophones d'Afrique de l'ouest) qui refusa le référendum visant à instaurer la Communauté franco-africaine le 28 septembre 1958 et prendre son « indépendance totale » avec toutes les conséquences qui s'en aient suivies « rupture immédiate avec la France et déplacement de tous les biens et actifs français au Sénégal. (Voir *Camara S.R. « La Guinée sans la France »*. Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1976

¹⁴⁶ La situation différente parmi les pays Anglophones (Nigéria, Ghana, Sierra Léone, Gambie) Ces pays ont négocié avec le Royaume-Uni leurs indépendances et la transition économique (« indigénisation des investissements britanniques») a été douce. Voir l'ouvrage détaillé de Haberli Ch. « Les investissements directs étrangers. En Afrique avec des études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana, Paris, Ed. LGDJ &NEA, 1979... Il y a le dernier cas. C'est celui des pays francophones (Bénin, Burkina Faso, Côte-d'Ivoire, Mali, Niger, Togo et le Sénégal). Dans ces pays, la France avait d'importants biens et intérêts de par ces entreprises. La transition où la succession d'Etats s'est faite sans heurt. Elle a accompagné les indépendances par des accords de coopération qui a fait naître des relations privilégiées entre elle et ces pays. Voir J.Claude Gautron Sur quelques aspects de la succession d'Etats au Sénégal, AFDI 1962 VIII, pp. 836-863. Quoi qu'il en soit les relations d'investissement entre les États et les entreprises étrangères sont basées sur le couple attractivité et volonté de contrôle des activités. Un auteur le souligne à propos du Sénégal : « C'est là qu'intervient le gouvernement pour orienter l'investissement privé. Les relations entre investisseurs étrangers et l'Etat du Sénégal sont basées sur des rapports de type contractuel. Ces rapports ne sont limités que pas les exigences de l'affirmation des droits de la Nation, affirmation de la souveraineté... », Voir Niane (B.) p.27 précité.

1) Il s'agit aussi de démontrer la tentative de reprise des principes du droit international du développement dégagés dans le cadre des nations-Unies (Section 2).

Section 1 : Les expropriations d'investissement : volonté de correction des injustices économiques héritées de l'indépendance.

13. La protection juridique de l'investissement étranger en Afrique de l'ouest ne peut se comprendre sans une lecture politique et idéologique du droit qui est le trait marqueur des législations post indépendances¹⁴⁷. Ces pays avaient une obsession plus ou moins fondée sur le fait qu'on ne peut avoir des réglementations protectrices qu'en corrigeant ou adaptant les investissements des anciennes puissances colonisatrices au nouveau contexte marqué par l'accession à la souveraineté internationale¹⁴⁸. Toutefois, dans cette branche particulière du droit international, il n'est pas aisé d'adopter toujours un postulat radicale et maximaliste. En effet : *« le droit des investissements étrangers poursuit deux objectifs : l'attraction et le contrôle. Même si la pondération de ces deux pôles varie d'un pays à l'autre, tous les gouvernements africains insistent sur la nécessité à la fois d'attirer des investissements sous une forme ou une autre et de les orienter en fonction de leur stratégie de développement »*.¹⁴⁹

14. Par conséquent, l'idée d'assurer une politique de développement, d'assurer une cohésion sociale et économique des « jeunes Nations » passe forcément par une « africanisation » une « indigénisation » des capitaux et technologies investis dans ces pays. Dans le tourment des stratégies et politiques de nationalisation des biens et actifs des étrangers dans les pays du Tiers-monde, il faut dire que ceux d'Afrique de l'ouest ont privilégiés la méthode soft¹⁵⁰ pour

¹⁴⁷ Selon Christian Haberli le système juridique de protection des IDE le résume et parle : *« d'un droit « sous développé » en tant que tel : les pays d'Afrique ont tous adopté le système juridique « développé » de leurs colonisateurs respectifs. Mais il va de soi que la « naturalisation » de ces ordres juridiques importés soulève d'énormes problèmes.... L'évolution du droit des investissements étrangers, en particulier, reflète presque tous les aspects du développement de l'Afrique. Or, ce droit est affecté, de façon négative, par le sous-développement, et ceci à tous les niveaux :*

- *L'établissement des normes juridiques est rendu difficile par l'impossibilité d'une planification à long terme (due au besoin d'une adaptation constante à la situation économique changeante) et par des structures politiques souvent instables.*
- *L'exécution des lois est entravée par de très nombreux facteurs extra juridiques (infrastructure administrative inadéquate, absence de moyens financiers ou technologiques) et par le fait que l'économie « périphérique » (les centres de décision se trouvant à l'extérieur du pays ». Voir Haberli Ch. « Les investissements étrangers en Afrique Avec des études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana », Paris, éd. LGDJ & NEA, 1979, pp-16-17*

¹⁴⁸ Ce problème qui concerne la succession d'Etats est réglé par le droit international. En effet, dans cette matière le sujet du droit international nouvellement indépendant à un droit d'option soit il peut décider de participer, de respecter et d'être lié par les effets d'un accord. C'est ce que souligne la Convention sur la Succession d'Etats en matière de traités du 23 aout 1978, -Doc. N.U. A/CONF.80/16/Add.2, pp 199-209(1978)- dispose dans son article 16 : « position à l'égard des traités de l'Etat prédécesseur » *« Un État nouvellement indépendant n'est pas tenu de maintenir un traité en vigueur ni d'y devenir partie du seul fait, qu'à la date de la succession d'Etats le traité était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'Etats »*, voir aussi Kahn (Ph) problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique francophone », JDI 1965 p.348

¹⁴⁹ *« Les investissements étrangers en Afrique. Avec des études de cas portant sur L'Algérie et le Ghana »*, Ed LGDJ et NEA 1979 p. 295, 327p.

¹⁵⁰ Les indépendances ont été acquises par la négociation avec l'ex puissance colonisatrice. Elles sont suivies des accords de coopération multisectoriels. Exemple entre la France et les pays d'Afrique de l'ouest francophone. Ce

tenter d'équilibrer les rapports avec les firmes transnationales implantées sur leurs sols. Les pays d'Afrique de l'ouest ont plus que besoin des investissements étrangers dans la mesure où certaines considérations économiques (faiblesse de l'épargne intérieure, manques de capitaux et d'infrastructures financières de qualité) et scientifiques (faiblesses et retard technologiques) les poussent à accorder des avantages et facilités juridiques à ces derniers. Ainsi, place sera faite à la licéité des expropriations fondées sur des considérations morales et d'équité (§1). De même, est à examiner aussi la licéité des expropriations fondées sur un argumentaire juridique (§2).

J- Paragraphe 1 : La licéité des expropriations fondées sur des considérations morales et d'équité

13. Dans les réglementations relatives aux investissements étrangers en matière d'expropriation, l'élément relatif à la morale et l'équité (A) et l'élément relatif à la justice économique ont été très importants (B).

A : L'élément relatif à la bonne foi, la sécurité et l'intérêt national comme fondement des expropriations

Ce principe important revêt une signification particulière en droit international (1). Il serait aussi intéressant de voir son application dans les pays d'Afrique de l'ouest (2)

1) La signification du principe de bonne foi en droit international

14. La notion de bonne foi¹⁵¹ est un élément essentiel dans le droit des contrats aussi bien au niveau national¹⁵² mais aussi au niveau international, notamment dans le droit international

qui a comme résultat la préservation des intérêts des firmes et entreprises françaises des vagues de nationalisation.

¹⁵¹La bonne foi est un terme du droit international qui est toujours sujet à controverses. Elle est souvent utilisée dans les rapports diplomatiques bi/multilatéraux, mais aussi dans l'exécution des transactions contractuelles entre Firmes étrangères et pays en développement. Les textes internationaux ont toujours évoqués la notion concernant l'exécution d'engagements par un ou des sujets internationaux. « *S'agissant de l'exécution des sentences arbitrales, l'article 37 de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux signée à la Haye le 18 octobre stipule : « Le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence ».* Alors que l'article 2 § 2 de la Charte des Nations-Unies dispose :

« *Les membres de l'Organisation, afin d'assurer la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils sont assumées aux termes de la présente Charte »* Sur le plan doctrinal, le juriste émérite J. Basdevant a défini l'expression « Bonne foi » :

« *A-Esprit de loyauté, de respect du droit, de fidélité aux engagements de la part de celui dont l'action est en cause, absence de dissimulation, de tromperie, de dol dans les relations avec autrui.*

« *B- Dans l'interprétation et l'exécution des obligations internationales, fidélité aux engagements pris sans les diminuer, ni les accroître.*

« *C- État d'esprit consistant à croire par erreur que l'on agit conformément au droit, en conséquence duquel celui qui a ainsi agi peut être exonéré des conséquences de l'irrégularité par lui commise.* » J.Basdevant, Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris, 1960, pp.91-92 cité par Zoller El. « La Bonne foi en droit international public », Ed A. Pedone-Paris-1977, pp.6-9

des traités¹⁵³. En matière de droit international des investissements étrangers, ces différents éléments- la nécessité d'intérêt national légitime du pays et la nécessité de la sécurité juridique des investisseurs- sont toujours mentionnés. Il en est ainsi des instruments pris au sein des Nations-Unies. L'article 4 de la résolution 1803 (XVII) « souveraineté permanente sur les ressources naturelles » en dispose ainsi :

*« La nationalisation, l'expropriation ou la réquisition devront se fonder sur des raisons ou des motifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national, reconnus comme primant les simples intérêts particuliers ou privés, tant nationaux qu'étrangers. Dans ces cas, le propriétaire recevra une indemnisation adéquate, conformément aux règles en vigueur dans l'Etat qui prend ces mesures dans l'exercice de sa souveraineté et en conformité du droit international. Dans tout cas où la question de l'indemnisation donnerait lieu à une controverse, les voies de recours nationales de l'Etat qui prend les dites mesures devront être épuisées. ».*¹⁵⁴

15. Le droit international, même s'il autorise expressément le principe de la nationalisation¹⁵⁵ et l'expropriation¹⁵⁶ d'investissement - sur le fondement des lois nationales - l'encadre scrupuleusement et rigoureusement à travers des principes d'équilibre, de respect des droits et de réciprocité envers l'investisseur victime sur le plan financier¹⁵⁷. Critère essentiel des

¹⁵² L'article 27, « droit interne et respect des traités » de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 22 mai 1969 dispose : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'art.46 »

¹⁵³ L'expression latine « *Pacta Sunt Servanda* » (respecte les lois que vous avez faites) l'illustre bien. Le droit des traités internationaux à travers la section 1 « respect des traités » l'illustre bien L'article 26 « *pacta sunt servanda* » de la Convention de Vienne du 22 mai 1969 dispose : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

¹⁵⁴ Voir L'AGNU Résolution 1803(XVII), « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » Adoptée le 14 décembre 1962 par 87 voix contre 2 et 12 abstentions

¹⁵⁵ La nationalisation procède par mesure/acte législative pris en vertu de la souveraineté relève des autorités politique suprêmes d'un Etat. Ainsi, Selon de la Pradelle la nationalisation est : « l'opération de haute politique par laquelle un Etat, réformant tout ou partie de sa structure économique, enlève aux personnes privées, pour la remettre à la nation, la disposition d'entreprises industrielles ou agricoles d'une certaine importance en les faisant passer du secteur privé au secteur public », voir « Les effets internationaux des nationalisations. Projet définitif de la Résolution » Annuaire de l'institut de droit international vol. 43, 1950(I) (session de Bath), p. 126. Cité par De Nanteuil A. dans *l'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Ed A. Pedone, 2014 p.14. La nationalisation d'investissement est devenue de nos jours un repoussoir, une méthode dissuasive voire archaïque. L'auteur français la Professeure Geneviève Bastid Burdeau le résume ainsi : « Les transferts du secteur privé vers le secteur public deviennent rares. L'Etat, en tous lieux, tend à se faire modeste. La priorité des priorités est devenue le délestage, c'est-à-dire le transfert du secteur public vers le secteur privé », Voir Burdeau Bastid (G.), « Nationalisations : le retour ? », in *Le droit international à l'aube du XXIe siècle en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Julliard Textes réunis par J-marc Sorel Cahiers Internationaux n°21 CERDIN*, Paris, Ed A. Pedone, 2009, pp257-261, p.257

¹⁵⁶ L'expropriation relève du pouvoir réglementaire que l'administration prene dans un pays donné. C'est une mesure prise-en considération de l'intérêt général et/ou pour cause d'utilité publique- donnant lieu à une indemnisation préalable en bonne et due forme. C'est un acte réglementaire. Un auteur le décrit comme la « *procédure par laquelle une autorité publique oblige une personne privée à lui céder ses biens, droits ou intérêts, au nom de l'intérêt général* » Voir J. Salmon, Dictionnaire de droit international public cité par de Nanteuil A. Ibid p. 14

¹⁵⁷ L'indemnisation, est un principe admis en cas de nationalisation/ expropriation. Toutefois, le lancinant problème qui se pose c'est la détermination de la valeur financière nette du bien nationalisé et par conséquent l'indemnisation financière nette pour la personne physique/ morale qui en ai victime. Le débat est entier malgré les avancées. Le « *débat oppose en effet les pays occidentaux qui revendiquent une indemnisation prompte,*

relations juridiques internationales, qu'est la « bonne foi » peut revêtir plusieurs significations et acceptions selon le comportement, omissions et agissements des acteurs. Ainsi, Selon la doctrine internationaliste, le terme peut revêtir trois formes :

- 1) *« La bonne foi est, tout d'abord, un critère d'interprétation, un critère d'évaluation des situations juridiques. L'origine se situe dans la distinction romaine des actions de droit strict et des actions de bonne foi. Les délits prétoriens sanctionnaient les atteintes à la bonne foi, notamment le dol et la fraude. Ainsi comprise, la bonne foi s'oppose au formalisme, au droit strict. Elle autorise le juge qui statue ex fide bona à apprécier un différend compte tenu de tous les éléments de fait de la situation. Elle l'invite à assouplir la rigueur du droit.*
- 2) *La bonne foi est ensuite l'esprit de loyauté, d'honnêteté, de sincérité qui doit présider à l'élaboration et à l'exécution de tous les actes juridiques. La bonne foi s'oppose ainsi à la fraude, au dol. Elle exclue toute intention malveillante.*
- 3) *Enfin, la bonne foi est la croyance erronée à l'existence d'une situation juridique. Les comportements et les attitudes des sujets de droit peuvent créer des apparences qu'il importe en la personne duquel on les a fait naître. En ce sens, la bonne foi détermine une confiance légitime dans l'existence d'un droit ou dans la régularité d'une situation »*¹⁵⁸.

16. De même les conventions relatives au droit des traités internationaux l'ont expressément prévue et expliquée¹⁵⁹ par le vocable « *pacta Sunt Servanda* »¹⁶⁰. Dans les pays d'Afrique de l'ouest, les pratiques d'expropriation d'investissement se sont faites d'une manière qui consista à ne pas heurter les rapports avec les pays investisseurs.

2) L'application du principe dans les pays d'Afrique de l'ouest

17. Dans les pays d'Afrique de l'ouest, on n'a pas connu les expropriations majeures d'investissements étrangers qui ont abouti à un fort contentieux s'étalant dans le temps¹⁶¹. En

adéquate et effective, représentant la valeur intégrale des biens expropriés, aux pays en développement partisans d'une indemnisation partielle limitée par exemple à la valeur nette comptable des biens nationalisés » Point de vue partagé par Olivier Waelbroeck « La réparation des atteintes aux investissements étrangers : le discounted- cash-flow », Revue Belge de droit international, 1990/2 pp. 464-475 p.464.

¹⁵⁸Voir Zoller(El) « La bonne foi en droit international public », Ed A. Pedone-Paris-1977, p.8 387p.

¹⁵⁹Voir N-U/Conf.39/27(1969) la Convention du 22 mai 1969 sur le droit des traités dont le préambule souligne : « *Constatant que les principes du libre consentement et de la bonne foi et la règle pacta Sunt Servanda sont universellement reconnus* »

¹⁶⁰Voir Doc. N-U/Conf.39/27 1969Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités : section 1. Respect des traités article 26*Pacta sunt servanda* « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ». Précité p.10

¹⁶¹Hormis le cas spécifique de la République Populaire de Guinée et de la Guinée Bissau qui ont obtenu leurs indépendances en étant en rupture brutales –indépendance totale pour le premier et une guerre d'indépendance 1961-1973 pour le second- avec l'ancienne métropole. Alors que dans d'autres contextes, il y'a d'autres pratiques.Voir les affaires liées aux contentieux portant sur la nationalisation du pétrole dans d'autres pays : l'affaire *Anglo-Iranian Oil Company* (Royaume Uni c.Iran), CIJ, mesures conservatoires, 5 juillet 1951, et arrêt exception préliminaire, 22 juillet 1952 ; Affaire *Aramco c. ArabieSaoudite*, sentence arbitrale, 23 aout 1958,

Afrique de l'ouest, la préoccupation principale a été principalement la nature juridique des biens administrés par l'ancienne puissance colonisatrice. Le problème dans les pays en développement post indépendance a fait intervenir les questions relatives à la succession d'Etat en droit international¹⁶². La voie soft a été choisie par beaucoup de pays de cette partie du continent dont le Sénégal où l'ancien président de la République M. Léopold Sédar Senghor (1960-1980) affirmait : « *Le gouvernement du Sénégal refuse toute nationalisation des entreprises, ce qui, serait tuer la « poule aux œufs d'or ». A la nationalisation on préfère la sénégalisation des emplois. Le Sénégal adopte vis-à-vis du capital étranger une attitude très libérale* »¹⁶³

18. En Afrique de l'ouest, particulièrement dans sa partie francophone, le transfert des leviers et pans entiers de l'économie-des mains des entreprises françaises et des États nouvellement indépendants- a été géré plutôt à l'amiable¹⁶⁴. En effet, la France avait d'importants intérêts économiques dans ces pays. Et par conséquent, elle ne pouvait pas partir du jour au lendemain sans de solides garantis juridiques sur le statut et les intérêts de ses « anciens » investissements et investisseurs¹⁶⁵. C'est la raison pour laquelle, avant l'octroi des indépendances au début des années 1960, des accords de coopération ont été signés entre la France et chacun des pays africains¹⁶⁶. Au terme de ces instruments, chaque pays d'Afrique de l'ouest s'engage à respecter les droits acquis dans certains domaines et grands

ILR, Vol.27 ; Texaco-Calasiatic c. Libye, sentence arbitrale, R.-J. Dupuy, 19 janvier 1977 ; *Aminoil c. Koweït* sentence arbitrale, 24 mars 1982

¹⁶² Ces différentes problématiques sont prévues et réglées par la Convention des N-U sur la succession d'Etats en matière de traités. Cet instrument multilatéral dispose dans son article 7 al.3 « application dans le temps » que : « *Un État successeur peut, au moment où il signe la présente convention ou exprime son consentement à être lié par elle, faire une déclaration indiquant qu'il appliquera provisoirement les dispositions de la Convention à l'égard de sa propre succession d'Etats, laquelle s'est produite avant l'entrée en vigueur de la Convention, par rapport à tout autre État signataire ou contractant qui aura fait une déclaration par laquelle il accepte la déclaration de l'Etat successeur ; dès que la déclaration d'acceptation aura été faite, ces dispositions s'appliqueront provisoirement aux effets de la succession d'Etats entre ces deux États à compter de la date de ladite succession* » Dans ce domaine, le nouveau État indépendant a toujours un droit d'option : soit continuer à être lié, en bonne et due forme par les engagements souscrits par l'Etat précédent, soit les dénoncer et s'en retirer. L'article 8 « *Accords portant dévolution d'obligations ou de droits conventionnels d'un État prédécesseur à un État successeur* » semblent le souligner, en disposant dans son al. 1. « *Les obligations ou les droits d'un État prédécesseur découlant de traités en vigueur à l'égard d'un territoire à la date d'une succession d'Etats ne deviennent pas les obligations ou les droits de l'Etat successeur vis- à-vis d'autres États parties à ces traités du seul fait que l'Etat prédécesseur et l'Etat successeur ont conclu un accord stipulant que lesdites obligations ou lesdits droits sont dévolus à l'Etat successeur* », Voir Doc.N.U. A/CONF.80/16/Add.2 adopté le 23 aout 1978 cité par Jacques-Yvan Morin Francis Rigaldies Daniel Turp Droit international public Notes et documents Tome 1 Documents d'intérêt international, Montréal, Ed. Thémis INC, 1987, pp.256-257

¹⁶³ Cité par Niane (B) « *Le régime juridique et fiscal du code des investissements au Sénégal* » Paris, Ed NEA et A. Pedone, 1976 p.28

¹⁶⁴ C'est le cas des pays francophones d'Afrique de l'ouest. Hormis le cas houleux de la République de Guinée dont l'indépendance a été obtenue avec heurt envers la France.... Ce qui a provoqué d'importantes conséquences sur les investissements de la France dans ce pays. Dans le reste de l'Afrique de l'Ouest, la Guinée Bissau à la suite d'une guerre victorieuse d'indépendance (1961-1973) a exproprié et nationalisé les biens portugais en terre Guinéenne. Dans les pays Anglophone (Nigéria, Ghana Sierra Leone et le Libéria, la situation juridique de l'investissement étranger y est contrasté. Au début des indépendances, ils ont joué le rôle de la stabilité/continuation. Toutefois, il y a beaucoup de changements et de comportement envers les capitaux étrangers, notamment sous l'emprise des régimes militaires au Nigéria et au Ghana.

¹⁶⁵ Voir Boye Abdel K. « *L'acte de nationalisation* », Ed. Berger-Levrault, 1979, 213 p.

¹⁶⁶ Voir Flory (M) « *Problèmes intéressant les nouveaux États Décolonisation et succession d'Etats* », AFDI 1966, pp 577-593

investissements¹⁶⁷. Si la succession d'Etats a été plus ou moins facile dans plusieurs ex colonies, dans le cas du Sénégal ça n'a pas été directe. Puisqu'au moment des indépendances, le Sénégal et le Mali ont mis en place une entité fédérale qu'est la : « la Fédération du Mali¹⁶⁸ ». Selon le professeur Jean Claude Gautron, la succession française est de deux ordres : la succession aux domaines¹⁶⁹ et la succession aux traités et accords internationaux¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Comme, il a été souligné : le domaine des investissements étrangers entre les pays d'Afrique de l'ouest et la France est marqué par une continuité. Et l'instrument qui a matérialisé cette relation de continuité est la « Convention d'établissement » (un instrument réglementaire français mis en place par décret 1956 relatif aux *conventions de longue durée pouvant être passées avec l'Outre-mer... afin de garantir la stabilité des conditions générales juridiques, économiques et financières propres à assurer leur efficacité*). En effet, « Les Conventions d'établissement sont réservées aux entreprises d'une importance majeure pour le développement économique du pays, qui présentent par rapport aux autres régimes privilégiés des caractéristiques résumées comme suit :

- a) Elles sont accordées pour une durée généralement plus longue ;
- b) Elles sont le résultat de véritables négociations entre l'Etat et l'entreprise, ce qui souligne le caractère contractuel de ce régime ;
- c) Une loi est nécessaire dans certains cas pour autoriser l'administration à passer de telles conventions ». Communauté économique européenne-Commission Direction générale du développement de l'Outre-mer. Direction des études du développement. « Code des investissements des États africains Malgache associés à la CEE », Document, avril 1986, p WIII

¹⁶⁸ C'était un fédéralisme à deux entre deux pays d'Afrique de l'ouest (Mali et le Sénégal 1959-1961) qui ne voulaient pas prendre leurs indépendances de façon séparée. Toutefois, la Fédération n'a pas vécu longtemps (1959-1960). Il y a de divergences idéologiques entre les Maliens (perçus comme progressistes radicaux) et les sénégalais (perçus comme modérés et prônant la coopération avec les pays développés).

¹⁶⁹ Pour la succession au domaine public : « les dépendances du domaine public ont été incorporés de plein droit au domaine de la République du Sénégal, par application du principe de l'Etat successeur, sans indemnité » Pour la succession au domaine privé : « Le domaine privé de l'Etat français était trop important pour qu'il fut possible de considérer qu'il demeure en pleine propriété à la République française comme droit acquis. Au lendemain de l'indépendance du Sénégal et du Soudan groupés dans la Fédération du Mali, le règlement des questions domaniales fut envisagé par l'article 36 de l'accord franco-Malien de coopération en matière économique, monétaire et financière. L'article 36 de l'accord du 22 juin 1960 prévoyait le transfert de toutes les dépendances domaniales immatriculées au nom de la République française à la Fédération du Mali.

Aux termes de l'article 36 :

« Une commission paritaire franco-malienne sera spécialement constituée afin d'élaborer une convention en matière domaniale ». « La propriété de toutes les dépendances domaniales immatriculées au nom de la République française sera transférée à la Fédération du Mali. La commission paritaire prévoira l'affectation en jouissance à la République française de celles de ces dépendances, ou de biens équivalents, qui resteront nécessaires au service de la république française sur le territoire de la Fédération du Mali » Voir J. C. Gautron « Sur quelques aspects de la Succession d'Etats au Sénégal », AFDI 1962 VIII, p.842

¹⁷⁰ La doctrine juridique internationaliste s'est toujours interrogée sur la validité des accords et traités signés par l'Etat occupant ou colonisateur précédent. Sur ce point : « Selon l'avis du Comité juridique de l'Union Française, en date du 13 avril 1950 a conclu à la validité, vis-à-vis des États associés de l'Indochine, des traités conclus par la France, avant l'indépendance de ces Etats. » Le comité juridique prévoyait des « réserves » de la part d'Etats ayant accédé à la souveraineté internationale et qui, par conséquent, ont le droit de dénoncer d'accords antérieurement conclus sans leur consentement. Le Sénégal, à l'instar d'autres pays d'Afrique de l'ouest, a opté pour le droit de choisir entre accords qui le lient et les accords dont il se réserve le droit de les dénoncer ou d'émettre des réserves. Ainsi : « Le 20 février 1961, le ministre des affaires étrangères du Sénégal a diffusé une note, à usage interne, relative à la validité à l'égard du Sénégal des accords passés par la France :

« Le Sénégal se référant aux règles du droit international en la matière reconnaît aux traités passés par la France, antérieurement à l'indépendance, la portée suivante :

-Traité politiques de garantie, d'alliance, de neutralité, d'arbitrage, d'assistance mutuelle : non reconnaissance.

-Traité-lois : reconnaissance de principe, mais se réserve le droit d'y adhérer formellement (par exemple sur le Droit de la Mer, Convention sur la protection des personnes civiles en temps de guerre, etc.).

-Traité-lois d'ordre territorial : reconnaissance, mais se réserve le droit de dénonciation, n'y ayant pas été partie (convention de Barcelone sur les fleuves internationaux).

-Traité relatifs aux Organisations Internationales : non reconnaissance puisque l'adhésion à ces traités se fait intuitu personae.

19. Un procédé permettant la mise en place d'un cadre propice pour certains investissements liés notamment aux conventions d'établissement¹⁷¹. C'est ainsi que là où dans d'autres parties du monde, le pouvoir de réglementation conféré aux États a été utilisé pour bouleverser complètement et radicalement les structures économiques et le droit de propriété, en Afrique de l'ouest francophone comme anglophone, la méthode utilisée pour transférer les régimes de propriété et d'indigénisation a été plus soft¹⁷². Les expropriations s'expliquent par d'autres éléments et justificatifs comme la nécessité d'utilité publique et du souci de justice économique.

B : L'élément relatif à la légitimité, à l'utilité publique et à la justice économique comme fondement des expropriations

Ces principes sont à prendre en compte comme des éléments fondateurs des expropriations (1) mais aussi l'exemple qu'ils ont été dans le fondement des expropriations dans les nationalisations du Tiers-monde (2).

1) Des éléments fondateurs des expropriations

20. L'élément moral et politique est très important et significatif dans le fondement des expropriations. En effet, il est fondé sur la théorie selon laquelle, l'indépendance politique n'est rien sans l'indépendance économique jugée plus émancipatrice. C'est la raison pour laquelle, les pays du Sud -et particulièrement-, ceux d'Afrique rejettent le fardeau de la protection diplomatique et le principe qui veut qu'on accorde aux étrangers et à leurs biens le traitement conforme à un standard international minimum. La morale, la légitimité et la justice économique imposent la remise en cause des biens et de la propriété des firmes transnationales des pays développés. Ainsi, malgré l'invocation par les pays du Nord du principe du traitement non discriminatoire, les pays nouvellement indépendants poursuivent dans cette voie pour conforter leur souveraineté. Pour eux, le principe du traitement non discriminatoire, par exemple, traduit plus : « *le désir des autorités des grandes puissances capitalistes de profiter du droit international pour protéger leurs investissements à l'étranger et les privilèges dont jouissent leurs nationaux* »¹⁷³. Ainsi, le corollaire de la souveraineté est le parachèvement de l'indépendance politique à travers une justice et une indigénisation de l'économie -jusqu'ici aux mains d'intérêts étrangers-. Ce faisant « *Ils rejetèrent la notion*

-Conventions bilatérales d'ordre territorial : intéressant le Sénégal, reconnaissance.

-Autres conventions bilatérales : intéressant le Sénégal et rendues applicable au Sénégal : reconnaissance sauf faculté de dénonciation. » Cité par Jean C. Gautron AFDI 1962 VIII « Sur quelques aspects de la succession d'Etats au Sénégal » pp836-863 p.844

¹⁷¹Voir à ce propos Julliard (P.) Chronique de droit international économique. « Investissements » III, AFDI 1976, pp.606-623

¹⁷²Comparée à d'autres environnements des pays en développement comme Cuba où les mesures frappant la confiscation des actifs étrangers (particulièrement américains) ont été violentes. Voir C. Garreau de Loubresse « Les Nationalisations Cubaines », AFDI VII, 1961 CNRS pp-

¹⁷³Voir Tunkin, *theory of international law*, (Cambridge, Mass, Harvard Univ.Press 1974, p.86 cité par Samuel K.B. Asante « Droit International et Investissements » pp 711-713 p.716 In droit international bilan et perspectives Tome II Mohamed Bedjaoui Rédacteur général éd A. Pedone, Unesco 1991 1361p.

traditionnelle de traitement international minimum et firent valoir que ces mesures entraient dans le cadre de l'exercice légitime de leur souveraineté nationale, qui n'admettent ni réserve ni limitation ». Ils ajoutent que *« De leur point de vue, leur droit souverain de réaménager leur ordre politique et économique interne et de sauvegarder leur indépendance économique, élément stratégique du processus de décolonisation, serait bafoué s'il devait se plier aux sévères contraintes de la doctrine traditionnelle de la responsabilité des États »*¹⁷⁴.

21. Dans les instruments juridiques relatifs aux investissements étrangers, le souci d'équilibrer les prestations entre les États et d'entreprises étrangères apparaissent très clairement¹⁷⁵. Sur le cas de l'Afrique de l'ouest, la transition entre la mainmise sur les ressources naturelles et les investissements étrangers de la part de pays étrangers a été, d'une certaine manière, bien gérée. En effet, la méthode ici, contrairement à d'autres régions du monde, aura été la négociation et la méthode soft *« L'Afrique noire n'a pas échappé à cette vague de nationalisation, même si elles ont eu lieu très tard et n'ont pas eu la même acuité »*¹⁷⁶ pour préserver un environnement sécurisant juridiquement pour l'investisseur étranger.

22. Cela dit, contrairement aux États anglophones et francophones d'Afrique de l'ouest, il y a deux pays où le transfert de la propriété privée étrangère des investissements vers l'entité publique a été très douloureux. Il s'agit de la Guinée Conakry qui a un lourd contentieux postindépendance en matière d'investissement étrangers avec la France¹⁷⁷. Il y a eu aussi le cas de la Guinée Bissau qui a nationalisé tous les biens et investissements portugais à la suite de la guerre d'indépendance avec ce pays¹⁷⁸. Une nationalisation emblématique et symptomatique des rapports déséquilibrés et heurtés entre les États ouest africains et les entreprises étrangères est l'exemple édifiant du Togo-malgré un passage en douceur des

¹⁷⁴ Voir Samuel K.B. Asante op cit. p. 716

¹⁷⁵ Parlant de cet aspect et de l'investisseur Bocar Niane note : *« Son investissement doit s'insérer harmonieusement dans l'économie du pays d'accueil. Il doit avoir avec ce dernier une coopération loyale, respectant sa souveraineté nationale. Il doit accepter la naturalisation de son capital si cela est nécessaire. Il ne doit pas abuser de sa position dominante sur l'économie pour remettre en cause cette souveraineté. Il doit aider à la formation professionnelle, aux progrès technologiques. Il doit exécuter loyalement tous les engagements pris à l'égard du pays d'accueil »*, cité à la p.12

¹⁷⁶ Au contraire, Bocar Niane, note en même temps (en ce qui concerne le Sénégal) qu'il n'y a pas de discrimination entre catégories d'investisseurs : *« En fait, il n'y a pas encore de discrimination entre investissement étranger et investissement national, toutes ces mesures ont pour but d'équilibrer les chances de chacun en compensant l'étroitesse de la surface financière des hommes d'affaires sénégalais »*, voir Niane (B.) *« Le régime juridique et fiscal du code des investissements du Sénégal »*, NEA et A. Pedone, 1976 pp10-28

¹⁷⁷ Voir Juillard (P.), AFDI 1982, Chronique de droit international économique *« II Investissements »* 2. *« Le règlement du contentieux financier entre la France et la Guinée »* pp.764-767. Ainsi parlant des problèmes de la répartition de l'indemnité franco-Guinéenne pour régler le problème des spoliations dont sont victimes les investisseurs français, le professeur Juillard évoque une situation complexe où se mêle répartition des indemnités forfaitaires, règlement de créances et de dettes entre les deux pays : *« En réalité, l'accord Franco-Guinéen se présente comme un accord de compensation, au terme duquel les créances respectives de la Guinée sur la France-180 millions de francs, constitués par les arrérages de pensions dus à des ressortissants guinéens-et de la France sur la Guinée-95 millions de francs, dont 25 millions de créances publiques et 70 millions de créances privées-s'extinguent les unes et les autres. Les 70 millions de francs dont il est ici question forment donc une partie de la créance de la France sur la Guinée »* voir p.764

¹⁷⁸ A travers la guerre d'indépendance victorieuse menée par le Parti africain pour l'indépendance de la Guinée Bissau et des Iles d'Cap-Vert(PAIGC) de leader nationaliste Amilcar Cabral contre le Portugal ex puissance colonisatrice(1961-1973). L'indépendance est proclamée unilatéralement par le PAIGC le 24 septembre 1973 et s'en est suivie une orientation progressiste de l'économie du pays

conditions d'obtention de l'indépendance : « *Le général Eyadema, président de la République du Togo, à travers un message à la Nation en date du 11 janvier 1974 annonce la nationalisation de la société COTOMIB. Le Gouvernement du Togo se fondait sur deux motifs cumulatifs pour justifier cette dénonciation : d'une part, le changement de circonstances politiques¹⁷⁹ et économiques¹⁸⁰, d'autre part, l'obstacle mis par la convention au libre exercice de sa souveraineté...Le Gouvernement togolais édicta trois mesures distinctes : en premier lieu, il « dénonça » la Convention d'établissement ; en second lieu, il porta unilatéralement sa participation dans le capital de la COTOMIB d'un coup de 35% à 51% ; en troisième lieu, il créa un « Office togolais des phosphates » en vue d'assurer seul la commercialisation des produits de l'extraction »¹⁸¹*

Cette application soft du passage de relais entre les biens gérés par des intérêts étrangers et la nécessité de réaliser une justice économique a été une « réussite » dans le contexte des pays d'Afrique de l'ouest. Ce qui est loin d'être le cas dans beaucoup de pays du Tiers-monde.

2) L'application des principes la justice économique et intérêt général dans les nationalisations dans le tiers monde

23. Les relations juridiques (commerce et surtout investissement) entre les pays avancés technologiquement et les pays en développement ont fait l'objet d'une littérature abondante¹⁸². Étant donné que l'ampleur d'intérêts étrangers sur toute l'économie ne pouvait rester sans solution, la nécessité de justice sociale, économique -en vue de briser la domination et le monopole des activités économiques, financiers par des étrangers- a été le moteur des pratiques de nationalisation d'actifs et de richesses dans les pays du Tiers-monde. Ces principes ont été appliqués soit à la suite d'un parachèvement de Révolution politique

¹⁷⁹La teneur politique du message du chef de l'Etat togolais Gnassingbé Eyadema(président de 1967-2005) : « *Alors que les États souverains acceptent de réviser et d'adapter aux circonstances les accords de coopération qui les lient les uns aux autres , la C.T.M.B., s'abritant derrière la Convention de 1957, qui date d'une époque où notre pays n'était pas souverain, n'a accepté qu'à grande peine et avec de nombreuses restrictions toutes les tentatives de l'Etat togolais visant à nous assurer un minimum d'avantages, eu égard aux profits considérables que la Compagnie retire de cette affaire »* . In livre blanc cité par le professeur Juillard (P.), AFDI 1976, « *Les nationalisations étrangères* », 606-623 p.616

¹⁸⁰La teneur économique de la Nationalisation : « *A cet égard, les bouleversements spectaculaires qui ont eu pour cadre le marché des matières premières au cours de l'année qui vient de s'écouler laissent entrevoir une situation plus équitable dans laquelle les pays producteurs ne seront plus les victimes résignées de la dégradation continuelle des termes de l'échange* », livre blanc du gouvernement togolais cité par le Professeur Juillard (P.), AFDI 1976 p. 616

¹⁸¹Voir Juillard (P.) « *Investissements* », AFDI 1976, pp.606-623, p.616

¹⁸²L'ouvrage de base en langue française qui en a le plus fait cas est « *le droit International économique* » des professeurs Patrick Juillard et Dominique Carreau dont la première édition date de 1978 et la dernière : « *Droit international économique*, Paris, Ed. Dalloz, 2013, Cassan (H.) (dir.) « *contrats internationaux et pays en développement* », Paris, Economica, 1989, Audit (B.), *l'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Centre d'études et de recherche de droit international de la Haye, 1987 ; Chen Jonathan(G.), , *les concessions en droit international public*, thèse Paris, 1966, multigr. ; Daillier (P.), Ghérari (H.), De la Pradelle (G.), (dir.), *Droit de l'économie internationale*, CEDIN Paris X, Pedone, 2003, 1120p ; Dolzer (R.), Schreuer (C.), *principles of international Investment law*, Oxford University press, 2008, 434 p. ; Sornarajah (M.), *The international law on foreign investment*, Cambridge University press, 1994, 430p. ; Bellanger(M.) *les Institutions économiques internationales La mondialisation économique et ses limites* éditions refondues, Paris éd. Economica1997 ; L. Lankarani EL-Zein « *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international* », Bruxelles, éd. Bruylant 2002

comme par exemple les nationalisations pionnières du pétrole Mexicain¹⁸³, la nationalisation houleuse de la Compagnie du Canal de Suez par le colonel Nasser¹⁸⁴ et la Nationalisation violente cubaine¹⁸⁵. Ces nationalisations ont été faites dans des conditions plus ou moins

¹⁸³ Cette nationalisation mexicaine par le décret du 18 mars 1938 est très symbolique. Car c'est la première d'une série qui sera en cours plus tard dans le tiers Monde. Ensuite, elle donnera naissance à une formule devenue célèbre (Hull du nom du secrétaire d'Etat Américain à propos des caractéristiques de l'indemnisation « *prompte, juste et effective* ». Denis Bettems donna une explication large des expropriations mexicaines du fait de sa particularité juridiques et de la pratique des Etats. Il souligne : « *le contentieux mexicain n'en présente pas moins des particularités, tant du point de vue juridique que de celui de pratique des Etats. Il a trait en effet, non pas à la résiliation de contrats, mais à la nationalisation, sous prétexte d'exploitation de la main d'œuvre locale, de l'ensemble des droits de propriété détenus par toutes les compagnies étrangères. L'affaire était donc importante car, outre le fait qu'elle concernait le sixième producteur mondial de l'époque, elle constituait un grave précédent en Amérique latine. Toutefois, soucieux de maintenir des relations de bon voisinage, officiellement tout au moins, le Gouvernement américain n'a pas contesté la validité de cette mesure et s'est contenté de réclamer le paiement d'une indemnité prompte, juste et effective. Le foreign office, en revanche, a protesté avec vigueur, la considérant illicite car arbitraire et dénuée d'intérêt public. Des accords d'indemnisation ont été signés le 19 novembre 1941 avec les Etats-Unis et, six ans plus tard seulement, avec la Grande Bretagne, cette différence démontrant qu'en matière économique l'excessive fermeté n'accélère toujours pas le règlement des conflits. Quant aux actifs nationalisés, ils ont été transférés à une société d'Etat, la Petroleos Mexicanos (PEMEX), qui résistera au boycott que lui ont fait subir les compagnies en livrant son pétrole à l'Espagne franquiste* », voir, Bettems D. « *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères* », Ed, Meta-Editions SA 1989, pp. 34-35

¹⁸⁴ La question de la Compagnie du Canal de Suez fut une nationalisation qui souleva beaucoup de passions. Tant les questions politico-diplomatiques et juridico-commerciaux se trouvent intimement mêlées. Le président Egyptien Gamal Abdel Nasser (1952-1970), promulgue la loi n° 385 de 1956 nationalisant la Compagnie universelle du Canal de Suez (Le Caire 26 juillet 1956) :

Au nom de la Nation Le président de la République déclare art 1^{er} : « *La Compagnie universelle du Canal maritime de Suez est nationalisée. Tous les biens et droits qu'elle possède et les obligations qu'elle a sont transférés à l'Etat. Tous les organismes et commissions chargés actuellement de sa direction sont dissouts. Les actionnaires et porteurs de parts seront indemnisés pour les actions et parts qu'ils détiennent avec leur valeur calculée sur la base du prix de clôture du jour précédant la date de la mise en vigueur de cette loi, à la bourse de Paris. Cette indemnité sera payée après que l'Etat aura pris possession de tous les fonds et possessions de la société nationalisée* », Voir Notes et documents de la Documentation française : Documents relatifs au Canal de Suez dir de publication la documentation française 16/08/1956, n° 2.205. Paris La documentation française « *Décision du président de la République égyptienne, portant promulgation de la Loi n° 385 de 1956 nationalisant la Compagnie universelle du Canal maritime de Suez*, pp14-15. La doctrine occidentale internationaliste- en la personne du professeur George Scelle- conteste la licéité et les fondements juridiques, (Souveraineté et propriété de la Compagnie du Canal allégué par le Gouvernement de l'Egypte), ce dernier souligne : « *Comme tout conflit international, l'affaire de Suez présente un aspect politique et un aspect juridique intimement mêlés comme d'usage le premier domine l'autre et le second présente des obscurités ainsi qu'il est fatal, dans une discipline juridique encore inorganique, dont la morphologie se distingue à peine sous les fictions classiques de la Souveraineté. Elle est certainement un fait illicite. Toutefois, ne suffit-il pas, pour le constater, de montrer qu'elle aboutit à la violation d'un ensemble imposant de textes conventionnels. Il faut montrer que la nationalisation était internationalement illégale parce qu'il s'agissait de la révocation injustifiée d'une concession internationale sur le domaine public international et qu'un gouvernement étatique n'avait pas compétence pour y procéder* », Voir Scelle (G.) « *La Nationalisation du Canal de Suez et le droit international* », AFDI 1956, pp. 3-19, p.1. Pour une lecture approfondie de cette question, voir Paul de Visscher « *Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez* » pp 1-44 www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/09/Suez.pdf

¹⁸⁵ Afin de s'attaquer aux capitaux américains et à l'enseignement accusait d'esprit contre-révolutionnaire le gouvernement cubain enclenche une procédure juridique inédite. « *L'intervention du Gouvernement cubain contre les entreprises étrangères s'est opérée par une première mise sous séquestre d'entreprises pétrolières anglaises et américaines, par suite du refus des compagnies de raffinage d'appliquer la loi du 9 mai 1938 qui leur faisait une obligation de raffiner le pétrole fourni par l'Etat, et des compagnies de distribution d'électricité de communications téléphoniques et télégraphiques. Les entreprises américaines exerçant leur activité sur le territoire cubain ont fait l'objet d'une loi de nationalisation de base et d'une série de textes complémentaires. Ces textes étaient motivés d'abord par l'intervention des Etats-Unis sur le marché du sucre en Amérique latine, d'une manière plus générale par l'antagonisme permanent entre les deux pays.* » Devant cet état de fait qui

violentes entraînant une réaction hostile des pays détenteurs de biens confisqués et nationalisés¹⁸⁶.

24. En effet, ici la nationalisation est un moyen d'atteindre le socialisme et la justice économique. Ces nationalisations, à l'origine causées, par des structures extraverties des économies des pays du Sud, mais surtout du monopole de la propriété par les firmes étrangères appartenant aux pays développés, ont été à l'origine d'une profonde méfiance et des représailles de toutes natures contre les pays auteurs¹⁸⁷ qui portent encore les séquelles de ces relations houleuses. En effet, dans certains cas, le contentieux court toujours et dans d'autres cas, les pays victimes votent des lois sanctionnant toute entreprise ou tous pays faisant des investissements ou du commerce avec certains pays en profitant des biens nationalisés. L'exemple patent est le comportement des États-Unis d'Amérique contre le Cuba (embargo décrété et sanction contre tous pays faisant des affaires avec l'Île de Cuba à travers des lois dont le caractère extraterritorial pose problème¹⁸⁸.

s'assimile à une large punition contre les États-Unis d'Amérique, législateur Cubain intervient à travers la Loi n° 851 du 6 juillet 1960 « loi historique » qui pose le principe de cette nationalisation :

« Vu l'article 24 de la loi Fondamentale autorisant l'expropriation forcée, la présente loi donne pleins pouvoirs au Gouvernement pour procéder à la nationalisation des entreprises et des biens qui sont la propriété de personnes physiques ou morales des États-Unis, ou des entreprises dans lesquelles lesdites personnes ont un intérêt majoritaire et qui sont réglementées par la législation cubaine, et pour adopter à l'avenir en chaque circonstance les moyens correspondants aux fins proposées. »

Ainsi l'art.1 de cette loi cubaine dispose : « Le conseil des ministres autorise le président de la République et le premier ministre à prendre conjointement toutes dispositions, quand, ils le jugeront nécessaire à la défense de l'intérêt national, et à opérer la nationalisation par voie d'expropriation forcée, des biens et des entreprises qui sont la propriété de personnes physiques ou morales originaires et ressortissants des États-Unis ou des entreprises dans lesquelles elles auront des intérêts ou des participations, pourvu qu'elles soient constituées selon la loi cubaine ». Voir De Loubresse Garreau C. « Les Nationalisations Cubaines », AFDI VII, 1961 CNRS, pp. 215-226, pp.217-218

¹⁸⁶C'est ce qui explique l'embargo que les États-Unis décrètent contre Cuba à travers la Loi Helms Burton destinée à punir toutes personnes physiques et morales faisant des affaires(commerce et investissements) avec ce pays ou profitant des actifs américains nationalisés par le gouvernement révolutionnaire de Fidel Castro.

¹⁸⁷Le cas de l'Iran est édifiant des rivalités de pays et de l'action des menées subversives des firmes transnationales pétrolières contre un pays en développement. Ainsi, que le souligne Bettems : « A la suite de la signature de nouveaux contrats saoudiens, le refus de l'Anglo Iranien Oil d'octroyer des avantages semblables à l'Iran est l'une des causes de la Nationalisation des avoirs de cette société, décrétée le 1^{er} mai 1951 par le Gouvernement Mossadegh. Devant l'échec de ses tentatives de négociation, la Grande Bretagne saisit la Cour internationale de justice le 26 mai suivant, laquelle ne statua pas sur le fond, ayant admis l'exception préliminaire d'incompétence iranienne ». C'est là où l'Iran se trouva confronter aux représailles concertées des firmes Transnationales pétrolières : « Ayant transféré les actifs nationalisés à une entreprise publique, la National Iranian Oil Company(NIOC), l'Iran s'est heurté à l'action concertée des compagnies pétrolières qui refusèrent de prendre livraison de son or noir, provoquant une chute vertigineuse de la production. La compagnie britannique se livra pour sa part à une véritable chasse au pétrole « volé », obtenant même la mise sous séquestre à Aden(Yémen) de la Cargaison d'un petit tanker battant pavillon hondurien le Rose mary », Voir Bettems D. précité

¹⁸⁸C'est le cas des Lois américaines (1996) « Amato Kennedy » dirigé contre l'Iran et la loi « Helms Burton » dirigé contre Cuba et tout investisseur étranger qui profite des biens et actifs américains nationalisés. Ces deux lois interdisent et punissent éventuellement de sanction américaine toute entreprise/ pays qui investissent en Iran et au Cuba. Ces deux lois posent un problème, du point de vue du droit international public, de légalité et de caractère extraterritorial, voir la professeur Brigitte Stern « Vers la mondialisation juridique ? Les lois helms-Burton et d'Amato-Kennedy », RGDIP 1996 ; voir aussi Audit Mathias « L'arbitrage international confronté à l'extraterritorialité des lois », Revue de l'arbitrage 2015-N°4 pp.1001-1035.

25. Le transfert de prospérité pose souvent des problèmes juridiques dont les pays auteurs ne font pas toujours cas. L'objectif de justice économique peut conduire certains gouvernements à procéder à un transfert de propriété. Ici, il s'agit de nationalisations sectorielles dont les effets juridiques, économiques et diplomatiques se font sentir. On peut donner l'exemple des expropriations pétrolières sans précédent et successives dans le monde arabe¹⁸⁹ (« les pays producteurs étaient divisés sur le pourcentage à obtenir : les pays riverains du Golfe Arabo-persique déclaraient se contenter dans une première étape de 20% alors que la Lybie sensible au précédent algérien réclamait 51% ; toutefois, pour la plupart des pays, la participation majoritaire était l'objectif final à plus ou moins longue échéance »¹⁹⁰) l'Iran du Shah¹⁹¹ et dans les pays latino-américains¹⁹². Même si elles sont intervenues sur une base populaire et

¹⁸⁹ Le monde arabe a fini par révoquer les contrats pétroliers signés avec les firmes occidentales. Les politiques de réappropriation des ressources ne se sont pas faites dans la douceur. Dans la mesure où, au sein de l'OPEP et généralement du monde arabe, il y a toujours eu deux camps en face : celui des modérés alliés des puissances occidentales (Royaume d'Arabie Saoudite, le Koweït, les Emirats Arabes-Unies et celui des progressistes (pays prônant le tiers monisme.) Parmi ces derniers, il y a l'Algérie, le Venezuela et la Lybie.

¹⁹⁰ La situation est différente selon les pays et les intérêts en jeu « Un certain nombre de pays membres de l'OPEP ne s'estimèrent pas concernés dès l'origine par la question : l'Indonésie avait supprimé les concessions et leur avait substitué des accords de partage de production avec les sociétés exploitantes. L'Algérie avait nationalisé la participation correspondante au pourcentage de capital qui lui paraissait convenable de détenir dans les sociétés concessionnaires ; le Venezuela préférerait attendre le retour normal des concessions à l'Etat à partir de 1980 pour prendre directement les exploitations en main, le Nigéria quant à lui souhaitait posséder un pourcentage plus élevé de participation que celui qui était initialement envisagé par l'OPEP », Voir Charbonnel-Devaux J., AFDI, 1973, pp 740-751, p.744. Dans le monde arabe, cette reprise en main des ressources pétrolières s'est faite de manière progressive et graduée. En effet, « A compter du 1^{er} janvier 1973, chaque Etat signataire acquiert une participation initiale de 25% dans chacune des concessions existant sur son territoire, puis après une pause de 5 ans et, si les gouvernements en expriment le désir, ce pourcentage sera augmenté progressivement pour atteindre 51% au 1^{er} janvier 1982, à raison de quatre paliers de 5% en 1978, 1979, 1980 et 1981 et d'un dernier palier de 6% en 1982, le calendrier ayant été avancé d'un an par un amendement à l'accord initial. », voir Charbonnel Devaux J. p.747

¹⁹¹ Le cas de l'Iran est intéressant : les ressources pétrolières ont toujours été un enjeu durant son évolution politique: sous Mossadegh, du Shah et la révolution Khomeiniste(1979). Ces relations avec les firmes pétrolières occidentales ont toujours été heurtées et instables. Etudiant le cas des rapports avec les firmes pétrolières, l'auteur Denis Bettems souligne à ce propos : « Estimant insuffisantes les redevances que lui verse l'Anglo-persan, la perse tente de lui imposer de nouvelles charges fiscales, puis, devant le refus de ladite compagnie, décrète, le 27 novembre 1932, l'abrogation de la concession d'ARCY. Cette décision a un retentissement énorme car, après avoir protesté sans succès, la Grande Bretagne soumet l'affaire au conseil de la Société des Nations. A la suite de cette intervention, les négociations entre la compagnie et les représentants perses reprennent et aboutissent, le 29 avril 1933, à la signature d'un nouveau contrat qui ressemble au précédent, mais en restreint le périmètre, tout en augmentant la redevance » p.33 op cit. Alors que le rêve du changement fondamental(nationalisation et révocation de contrats de concession) entre l'Iran et les firmes transnationales pétrolières ne s'est pas estompée notamment à l'avènement de la révolution Islamique de 1979 : « La toute jeune République islamique instituée après la chute du Shah promulgue, le 8 janvier 1980, une loi à article unique aux termes de laquelle un comité spécial nommé par le ministre du pétrole se voit attribuer la compétence discrétionnaire d'abroger tous les contrats jugés contraires à la loi de nationalisation édictée soit, outre le consortium international des pétroles, AMCO, ENI, Hispanoil et Elf Aquitaine. Cette dernière, comme la plupart des autres, a fait usage de la clause d'arbitrage et a réussi à obtenir du Président de la Cour suprême du Danemark la nomination d'un arbitre en la personne de Gomard. Celui-ci rendra une sentence préliminaire sur sa compétence le 14 janvier 1982, mais n'aura pas à se prononcer sur le fond, un accord étant intervenu entre les parties au mois de mars suivant », voir Bettems D. pp.54-55 op cit.

¹⁹² L'Amérique latine a toujours été une terre où les relations entre les acteurs des IDE (Etats et Firmes transnationales) ont toujours été conflictuelles. C'est la raison pour laquelle, l'environnement juridique et institutionnel a toujours été instable. Cela s'est vérifié à travers les expropriations de concessions pétrolières. C'est le cas de la Bolivie : « le contentieux, notablement plus restreint, a trait à la révocation, par décret du 13 mars 1937, officiellement pour fraude fiscale, de la concession octroyée à un ressortissant américain et rachetée, illégalement selon La Paz, par la Standard Oil of New Jersey. Après de longues négociations, au cours

légitime et en accord avec le principe de la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles (prônant une réappropriation nationale et exclusive des ressources minières et énergétiques des pays en développement), l'expropriation ne doit pas intervenir en contradiction avec un engagement juridique national ou international passé en bonne et due forme stipulant la stabilité législative et fiscale de la concession durant toute sa durée.

K- Paragraphe 2 : La licéité des expropriations fondées sur un argumentaire juridique

26. Cela est prévu par les clauses de droit internationales à cet effet (A) et la nécessité de prévenir les risques éventuels au plan juridique et financiers de l'arbitrage Etat-investisseur (B).

A : Un droit légitime limité par des engagements internationaux

Ces derniers sont de différentes catégories constituées par : les clauses de droit international (1) et La clause relative à la non-discrimination (2)

1) Les clauses de droit international à cet effet

27. Les textes multilatéraux¹⁹³, régionaux¹⁹⁴ et même nationaux¹⁹⁵ mentionnent expressément le droit à la nationalisation, qui est un droit souverain pour tout sujet de droit international. Ce

desquelles le département d'Etat a offert ses bons offices, le gouvernement bolivien accepte de verser à la compagnie nationalisée une indemnité de 1.500.000 dollars ». L'autre pays d'Amérique latine (par ailleurs premiers détenteur des réserves d'hydrocarbures dans le monde) a montré que l'expropriation peut être le faite d'influence c'est-à-dire un précédent qui a existé dans un ou d'autre pays de la région. Un auteur le décrit parfaitement : « Point n'est besoin de prouver, tant elle est évidente, l'influence des nationalisations mexicaines sur les revendications présentées par les États d'Amérique du Sud, sans pour autant aboutir à cette mesure extrême. Les événements vénézuéliens en sont un exemple. Après de difficiles négociations, assorties de la menace de ne pas renouveler les concessions, le Gouvernement de Caracas promulgue, en mars 1943, une loi pétrolière qui augmente notamment la charge fiscales et les redevances, les compagnies obtenant en échange le renouvellement des contrats pour les quarante prochaines années. Cette affaire se déroulant en pleine guerre, ces dernières avaient reçu de leurs chancelleries, soucieuses de conserver leurs sources d'approvisionnement, de strictes consignes de modération ». Voir Bettems D. pp33-35

¹⁹³ Voir les Résolutions des Nations-Unies relatives à l'instauration d'un NOEI et les TBI exemple des « Clauses Types des APPI modèle français » qui disposent « *Les parties contractantes ne prennent pas des mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toute autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoire, ni contraires à un engagement particulier* », Voir Guérrari (H.) DIE le système monétaire international public, l'investissement étranger Documentation Française Documents d'étude n°3.12-Vol.2, 2013 p.39

¹⁹⁴ L'action de la Banque Mondiale- comme enceinte de négociation et d'impulsion de conventions en matière d'investissement- est déterminante .Cette Organisation économique Internationale a adopté un texte multilatéral non- contraignant septembre 1992: *les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger* Partie IV intitulé *Expropriation et modifications ou résiliation unilatérales des contrats*, Il y est mentionné : « *1. Un État ne peut exproprier un investissement privé étranger ou s'en approprier autrement la totalité ou une partie, ou prendre des mesures qui ont des effets similaires, si ce n'est conformément aux procédures juridiques en vigueur, quand il poursuit de bonne foi un but d'utilité publique, sans faire de discrimination fondée sur la*

droit est le corollaire de la souveraineté de tout Etat. Ainsi, si en amont des pratiques d'investissement, les textes nationaux soulignent expressément le droit souverain pour l'Etat d'accueil de procéder à une nationalisation d'actif ou d'exproprier, dans la pratique (en aval), il arrive que les relations soient plus souples. En effet, pour des raisons objectives liées à la promotion d'un cadre juridique ouvert, attractif et sécurisant, les pays d'Afrique de l'ouest consacrent ce que la « doctrine internationaliste¹⁹⁶ » appelle les « clauses de stabilisation »¹⁹⁷.

nationalité et moyennant le paiement d'une indemnisation appropriée. », Voir Banque Mondiale, 21 septembre 1992, « Les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger »

L'autre exemple de clauses d'expropriation par le modèle l'accord global d'investissement de l'Association des Nations de l'Asie du Sud Est/ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 2009. Selon l'article 14 « Expropriation et indemnisation » de ce texte dispose : « *Aucune Partie ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé, directement ou au moyen de mesure ayant un effet équivalent à celui d'une nationalisation ou d'une expropriation, si ce n'est :*

- (a) *Dans l'intérêt public*
- (b) *Sur une base non discriminatoire*
- (c) *Moyennant le versement d'une indemnité, prompte adéquate et effective, et,*
- (d) *En conformité avec l'application régulière de la loi... »* Voir accord de L'ASEAN cité et traduite par Nikiema H. (S.), « *L'expropriation indirecte en droit international des investissements* », Paris, Ed.PUF, 2012, p.349

¹⁹⁵Le code des investissements- par la loi L/2015/N°008 du 25 mai 2015- dispose en son article 11 que : « *L'investisseur, quelle que soit sa nationalité, est garanti contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition de son entreprise, sauf pour cause d'utilité publique dument établie et après une juste et préalable indemnisation.* »

¹⁹⁶Prosper Weil, « *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, in Mélanges offerts à Charles Rousseau- La Communauté internationale, Paris, Ed, A. Pedone 1974 ; On doit-par ailleurs- au professeur Weil la paternité de la distinction entre les « *Clauses de stabilisation et les clauses d'intangibilité* » Pierre Mayer « *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat* », JDI 1986, n°1 pp. 5-78 ; Th. W. Walde et Georg NDI, « *Stabilizing International Investment Commitments : International law versus contract interpretation* : Texas International Law Journal 31, 1996,

¹⁹⁷Il s'agit de clauses insérées dans les contrats de partenariat entre un État et une entreprise étrangère. L'objet de ces clauses est de protéger le cocontractant des pratiques, omissions et faits du prince, (gel de la législation et réglementation) de la part des autorités du pays d'accueil. Ce dernier s'engage, durant toute la durée de la concession ou d'exécution du contrat, à ne pas toucher, ni modifier le cadre législatif prévue et rendre stable l'environnement réglementaire du contrat (clause d'intangibilité). Ces clauses sont intériorisées dans la pratique des investissements étrangers. L'arbitrage l'a consacré à travers la Sentence *Aramco*, 23 Aout 1958 « *les arbitres ont déclaré rien ne s'oppose à ce qu'un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté se lie irrévocablement par les clauses d'une concession et attribue à un concessionnaire des droits irrétractables* », Voir Blaise Tchikaya *Mémento de la jurisprudence de droit international public*, Ed. Hachette livre, 2015, p.76 Le professeur Dupuy, dans la Sentence *Texaco-Calasiatic* que le texte qui contenait la clause de stabilisation « *ne porte pas, dans son principe, atteinte à la souveraineté de l'Etat libyen* ». De même, le tribunal arbitral dans l'affaire *Agip-Congo* soutient à l'unanimité : « *Ces clauses de stabilisation qui ont été librement souscrites par le gouvernement n'affectent pas dans son principe sa souveraineté législative et réglementaire* », Voir, David (N.) « *Les Clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Question d'un praticien* », JDI, 1986, n°1, Paris 1986, pp.79-107, pp.83-84. Certains auteurs ont critiqués cette pratique contractuelle très prisée dans les accords d'investissement entre États et entreprises étrangères. En effet, pour Catherine Titi : « *Elles paralysent le pouvoir normatif de l'Etat dans la mesure où elles garantissent à l'investisseur la non-modification du cadre législatif applicable à celui-ci ou l'inopposabilité à son égard de toute norme qui lui est défavorable* », voir Titi (Cath.) « *Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil ?* », JDI n°2, avril, mai, juin 2014, pp.541-562, p.543. Le professeur P. Weil ces « *fameuses clauses* » limitent d'une certaine manière l'exercice du pouvoir législatif de l'Etat d'accueil d'une part et accroissent les prérogatives de l'investisseur étranger. Pour lui donc : « *les clauses de stabilisation au sens strict du terme limitent l'exercice par l'Etat de son pouvoir législatif, affectant ainsi une compétence générale de l'Etat d'accueil. Au contraire, les clauses d'intangibilité mettent l'investisseur à l'abri des pouvoirs exorbitants que l'Etat peut tenir de son droit national à l'égard de ses cocontractants* », Professeur Weil cité par Catherine Tité à la p. 547

28. Ainsi, la pratique procède à plusieurs aménagements. Dans certains pays et zones géographiques du monde, comme en Amérique latine, il y a l'adoption d'une doctrine particulière qui fonde leurs relations de partenariat économique avec les firmes transnationales. Il s'agit de la « clause Calvo »¹⁹⁸. Une doctrine qui prône le règlement par les tribunaux internes de tout litige ou différend entre un pays de la région et un partenaire étranger. Par conséquent, le fondement de toute souveraineté devrait être la compétence des juridictions internes à connaître du différend qui naît des rapports de l'Etat avec d'autres sujets de droit international. Cependant, dans les pays d'Afrique de l'ouest¹⁹⁹, l'option qui est adoptée c'est la « stabilisation législative » et la clause renvoyant éventuellement le litige à « l'arbitrage »²⁰⁰.

28. Le droit international des investissements étrangers prévoient des clauses ou des engagements juridiques, où la partie souveraine s'engage à ne pas toucher les termes du contrat à savoir ni exproprier l'actif du partenaire étranger ni modifier les clauses juridiques essentielles. Il y a la clause parapluie, une pratique (appelé aussi *Umbrella Clause* ou *clause d'effet miroir*) dont les violations engagent la responsabilité de la puissance publique. En effet, ce sont des clauses « *par lesquelles les parties se promettent de respecter les engagements éventuellement pris à l'égard des investissements étrangers* »²⁰¹. La jurisprudence arbitrale²⁰² aussi s'est penchée sur la question. Les pratiques d'expropriation sont subordonnées aussi à la clause relative à la non-discrimination entre investisseurs.

2) Les clauses relatives à la non-discrimination à cet effet

29. La clause relative à la non-discrimination est un vocable qui englobe les principes protecteurs centraux du droit des investissements étrangers. L'application du principe interdit aux pays d'accueil de l'investissement tout comportement tendant à cibler un investisseur à

¹⁹⁸ *Clause Calvo* (du nom d'un homme politique argentin Ministre des affaires étrangères) est une pratique insérée dans les contrats et traités signés pendant longtemps par les pays d'Amérique latine stipulant la compétence des tribunaux locaux en cas de différend. Une expression du « Nationalisme juridique ». Selon le dictionnaire de la Terminologie du droit international (Ed Sirey, 1960, 755p.), c'est une « *Clause d'un contrat passé entre un État et un étranger, par laquelle celui-ci renonce directement ou indirectement à la protection diplomatique de son propre État en ce qui concerne les contestations auxquelles pourrait donner lieu l'exécution de ce contrat* »

¹⁹⁹ Les pays d'Afrique de l'ouest sont rarement concernés par le contentieux international lié aux investissements étrangers. Même si l'environnement juridique est assez précaire, il faut dire que ce dont ces pays sont victimes c'est plutôt l'instabilité sociopolitique liée aux conflits civils de basse intensité et des controverses électorales. (Voir Bach D.C. et Gazibo M.(dir.)(2011), *l'Etat néo patrimonial. Genèse et trajectoires contemporaines*, Ed les presses de l'Université d'Ottawa.

²⁰⁰ L'arbitrage est plus qu'un mécanisme juridique de règlement des différends nés de l'investissement dans le contexte des pays d'Afrique de l'ouest. Il est un instrument sécuritaire, condition sine qua non, pour accueillir les investisseurs étrangers et rendre l'environnement juridique sécurisant et attractif. Tous les textes passés (Voir CEE-Commission Direction générale du développement de l'outre-mer. *Direction des études de développement Code des investissements des États africains et Malgache et associés EAMA*, Avril 1986, 169p. Et actuels (les nouveaux codes d'investissement) y font référence comme mode normal de règlement des litiges. (Voir Titre VII : *règlement des différends* article 29 de la loi N°2012-016/DU 27 FEV 2012 portant *code des investissements du Mali*.

²⁰¹ Voir Gherari (H.), « *La protection de l'investissement* » in L'entreprise dans la société internationale SD de Habib Gherari et Yann Kerbatt, colloque des 11 et 12 décembre 2008, Ed A. Pedone, pp 109-136, p.121

²⁰² Voir CIRDI Joy Mining c. Egypte aff. N° ARB/03/11 décision sur la compétence 6 aout 2004, JDI 2005p163

particulier pour le déposséder de son actif²⁰³. Ce principe, pierre angulaire, du droit de l'investissement, a fini de déséquilibrer la protection des investissements étrangers en faveur de l'investisseur au détriment des pays d'accueil et investisseurs locaux.²⁰⁴ Autrement, on assiste dans la pratique à une surprotection juridique des investisseurs étrangers au détriment des locaux. De fait, on assiste à une discrimination à l'envers dans les pays en développement en général et ouest africains en particulier. De même, Les discriminations sont interdites en ce qui concerne, l'accueil, le traitement et surtout en matière d'expropriation. Les textes internationaux pertinents le consacrent : « *Un État ne peut exproprier un investissement privé étranger ou s'en approprier autrement la totalité ou une partie, ou prendre des mesures qui ont des effets similaires, si ce n'est conformément aux procédures juridiques en vigueur, quand il poursuit de bonne foi un but d'utilité publique, sans faire de discrimination fondée sur la nationalité et moyennant le paiement d'une indemnisation appropriée. L'indemnisation sera en pareil cas réputée « appropriée » si elle est adéquate, effective et rapide...* »²⁰⁵.

30. Cette situation consacrée dans les textes nationaux et conventionnels est rarement réalisée. En effet, dans la réalité - la discrimination en matière d'expropriation d'investissement - on y échappe difficilement. Tant la pratique des États en la matière est impulsive et guidée par une volonté punitive et/ou de revanche sur les pratiques de certains pays ou acteurs économiques privés internationaux trop puissants. L'exemple typique est offert par la Révolution cubaine dont les pratiques de nationalisation ont visé essentiellement les firmes et entreprises américaines. Ce principe de non-discrimination suppose aussi que l'Etat d'accueil s'abstienne de certaines mesures, qui en apparence ne font pas réagir, mais en réalité, elles peuvent bel et bien s'assimiler à une expropriation implicite, déguisée.

²⁰³ Selon l'auteur Suisse J.P. Laviee dans son ouvrage sur la protection et promotion des investissements, : « *Les termes « expropriations », « nationalisation », « dépossession directe ou indirecte », sont employées de façon juxtaposée dans des conventions* ». L'auteur va plus loin en soulignant que le droit international n'a pas défini ces termes : « *Le droit internationale ne contient pas de définition établie des termes tels que l'expropriation, la confiscation ou la nationalisation. La pratique et la doctrine anglo-américaine préfèrent employer le terme taking of property, considéré comme étant plus neutre. Le concept de base demeure celui d'expropriation, qui comporte deux éléments : il doit s'agir d'un acte attribuable aux organes de l'Etat, que ce soit le pouvoir législatif, exécutif, ou judiciaire ; il faut, en outre, que l'acte en cause opère le transfert de droit de propriété* », Voir Laviee J. P. Protection et promotion des investissements Etudes de droit international, Ed. PUF, 1985 p.159

²⁰⁴ La professeur Sabrina Robert Cuendet note ce déséquilibre en faveur de l'investisseur étranger dans toutes les phases de l'investissement et pose la nécessité d'un rééquilibrage en ces termes : « *Plus qu'une révolution juridique, c'est à la rationalisation d'un pan du droit international économique qui s'est distingué, dans la période la plus récente, par un véritable bouillonnement normatif, qu'aspirent la plus part des Etats. Toutes les propositions de réforme sont ainsi tournées vers un objectif commun : rééquilibrer les traités d'investissement en faveur d'une meilleure prise en compte des droits et intérêts de l'Etat hôte. Autrement dit, un changement de paradigme s'est opéré : alors qu'initialement les accords d'investissement visaient à contrebalancer la vulnérabilité des investisseurs étrangers face à l'arbitraire de l'Etat hôte, toute l'attention est désormais portée sur la manière de mieux ménager les droits souverains de ce dernier. Ce changement de perspective laisse entrevoir la raison essentielle des critiques adressées aux instruments classiques du droit des investissements : les États se sont laissés déposséder de ce champ de régulation Internationale. Il leur appartient d'en reprendre le contrôle* » Voir à ce propos Cuendet-Robert (S.), « *Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers* », RGDIP, n°3 2016, pp.545-578, p.547

²⁰⁵ Voir Banque Mondiale, 21 septembre 1992 « *les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger* », AFDI, 1992, pp.801-807 « *IV Expropriation et modifications ou résiliation unilatérales des contrats* »

31. C'est une pratique particulièrement prisée dans les différents partenariats entre l'Etat et les investisseurs internationaux. Les mesures, parfois difficilement identifiables explicitement, sont constituées par : la fiscalité confiscatoire, le fait de revenir sur un avantage octroyé au départ à l'investisseur, le redressement fiscal record avec injonction de payer sans délai le Trésor, les règlementations surprises rendant l'environnement juridique des investissements étrangers beaucoup plus onéreux notamment sur le plan environnemental. L'auteure Suzy Nikiema se pose la question en ces termes : « *Comment un État peut-il déguiser sa volonté d'exproprier ? De plusieurs manières, dont la plus évidente est de procéder par étape successives. Il est en effet, plus facile de dissimuler une décision qui se met en place progressivement qu'une décision prise brutalement. C'est à ce niveau que la mesure déguisée rencontre un autre exemple d'expropriation indirecte, sans que les deux puissent se recouper complètement : la mesure progressive*²⁰⁶. » L'auteure poursuit en tentant d'explicitier ce concept, elle souligne : « *En réalité, une expropriation rampante ou larvée est progressive, mais une expropriation peut ne pas s'accompagner d'intention malveillante. En quelque sorte, l'expropriation rampante cible la mauvaise foi de l'Etat hôte* ».

32. L'autre aspect qui peut être assimilé de la discrimination voire harcèlement douce, c'est l'exigence de changement de capital de la société avec volonté de l'Etat d'accueil de l'entreprise de vouloir monter/ augmenter son pourcentage dans le capital de la société ou en y favorisant ses nationaux jusqu'en y détenant la majorité. De fait, on prive à l'investisseur sa mise de départ : « *de nombreux pays exigent une participation majoritaire de capitaux nationaux dans la plupart des entreprises économiques : c'est limiter quantitativement le droit à investir à l'étranger et c'est lui interdire de tirer de ses capitaux le droit de diriger l'entreprise dans laquelle ils sont investis* »²⁰⁷. En plus de l'interdiction de principe par les textes internationaux et la jurisprudence arbitrale de la discrimination en matière d'expropriation, cette dernière se voit aussi limitée dans la pratique par d'éventuels risques juridiques et financiers.

B : Un droit légitime limité par des risques juridiques et financiers de l'arbitrage Etat-investisseur

33. La pratique présente des risques juridiques auxquels beaucoup de pays en développement essaient de s'en prémunir (1). Il y a le problème des risques financiers posant les problèmes des capacités d'indemnisation intégrales (2)

²⁰⁶ Voir Nikiema H. (S.), « *l'expropriation indirecte en droit international des investissements* », Paris, Ed. PUF, 2012, pp.94-95. Toujours friande de concept entre « progressivité » et « instantanéité » en matière d'expropriation d'investissement, elle souligne à nouveau : « L'expropriation indirecte progressive s'oppose à l'expropriation indirecte instantanée. Par instantanée, il faut comprendre ici l'expropriation indirecte qui survient par le biais, soit d'une mesure unique, soit d'un groupe de mesures édictées au même moment, et qui porte(nt) atteinte seule(s) et par elle(s)-même(s) à l'investissement. Au contraire, avec l'expropriation indirecte progressive, l'investissement est détruit par accumulation d'une série de mesures étalées dans le temps. Aucune mesure ne suffit à elle seule à compromettre ou détruire l'investissement », Ibid., pp.95-96

²⁰⁷ Voir Charpentier (J.), « De la non-discrimination dans les investissements », AFDI, 1963, pp. 35-63, p.43

1) Les risques juridiques du pouvoir d'expropriation

34. La protection juridique de l'investissement étranger a rigoureusement prévue et encadrée les pratiques de nationalisation/expropriation et de discrimination dont l'investisseur peut être victime. Ces pratiques exigent certaines conditions, consacrées par le droit international des investissements, comme la non-discrimination, l'intérêt général et une indemnisation prompte et intégrale. Les expropriations d'actifs étrangers, qui étaient le moteur de la volonté de protection des investissements étrangers, ont été une pratique très récurrente dans certains pays qui contestent idéologiquement la propriété des biens possédés par des 'investisseurs étrangers (supposés appartenir à tout un peuple)²⁰⁸. Cette approche conflictuelle de la pratique juridique de protection des investissements étrangers n'a pas été celle des pays d'Afrique de l'ouest. Ces derniers (vu le niveau de développement faible de leurs économies, de l'insuffisance de l'épargne domestique et de la non maîtrise de la technologie) ont voulu joué le rôle consistant à respecter le droit de propriété en renforçant l'environnement juridique des investissements étrangers. Ceci s'est traduit par la timidité des textes et les réserves sur les expropriations pourtant admises en droit international. Le professeur Philippe Kahn, qui a bien analysé cette situation, souligne :

« La plupart des codes sont muets, et pour deux raisons. D'abord, ils ne se placent pas dans une perspective d'expropriation ou de nationalisation qui est un phénomène pathologique, mais ils tentent de construire le système quotidien qui doit régir les investissements. Pour eux, il y a un régime juridique des investissements étrangers qui est une chose et un droit général de l'Etat à organiser la propriété qui peut toucher un investissement étranger,- sous réserve du droit international et qui reste en dehors de leurs préoccupations La deuxième raison est que les États africains en face d'un droit international qui est encore en évolution ne veulent pas se lier tant que les différents travaux en cours n'ont pas encore abouti. Aussi, l'expropriation n'intervient-elle que secondairement dans l'équilibre général des codes »²⁰⁹.

²⁰⁸ A la base des nationalisations sectorielles intervenues dans les pays en développement et d'une certaine manière africains, il y avait un problème de philosophie juridique liée à la question de savoir « Qui doit posséder les moyens et outils de production le peuple ou le privé ou un système mixte ? Au nom de l'Etat de droit, qui suppose par ailleurs la légalité et le respect de la propriété privée, est-il permis d'exproprier les actifs détenus par des étrangers. Est-ce qu'on peut s'en prendre et nationaliser des biens détenus par des étrangers au nom de la Souveraineté, de la justice sociale et de la légitimité ? Une réponse à ces questions donne une orientation et une compréhension claires des pratiques expropriatrices intervenues dans plusieurs pays en développement. Pour aller plus loin les affaires qui ont eu un retentissement important en matière de controverse sur la Nationalisation , Voir *Anglo-Iranien Oil Company* (Royaume-Uni c. Iran), CIJ, mesures conservatoires, 5 juillet 1951, et arrêt exception préliminaires, 22 juillet 1952 ; Voir *Barcelona Traction Light and Power Company* (Belgique c. Espagne) « Soupçon de « nationalisation déguisée » car l'opération a bénéficié à un groupe financier espagnol » (J. Charpentier » cité B. Tchikaya « Mémento de la jurisprudence Droit international public, Paris, éd. Hachette Livre 6éd., 2015 p.28, CIJ, exceptions préliminaires, 24 juillet 1964, Rec. 1964, et fond, 5 février 1970, Rec.1970 ; voir aussi *Texaco-Calasiatic c. Libye*, sentence arbitrale, R.-J. Dupuy, 19 janvier 1977, JDI 1977 ; *Aminoil c. Koweït*, 24 mars 1982, JDI 1982

²⁰⁹ Pour l'auteur un seul pays se place dans la première perspective est la Guinée Révolutionnaire « *Le seul pays qui se place dans cette perspective est la Guinée dont le code décide que toutes les installations font retour au bout d'un certain temps à l'Etat guinéen, mais amortissements et rémunérations sont calculés en conséquence et l'article 27 du code guinéen aux personnes physiques et morales qui ont investi des capitaux étrangers qu'elles sont garanties contre toute spoliation selon le droit commun* » Voir Kahn(PH.), « Problèmes juridiques de

35. Par conséquent, les pays d'Afrique de l'ouest se sont toujours gardés d'exercer en pratique ce que le droit international général a toujours autorisé. Le pouvoir de réglementer les investissements étrangers, en vertu de la Souveraineté, n'a pas été exercé pour plusieurs raisons. En effet, le contentieux des investissements, pour de « jeunes Nations » aura été lourd de conséquences en termes d'image pour des pays qui comptent beaucoup sur l'investissement. Ces conséquences se résument comme suit : fuite des investisseurs sur place et dissuasion des investisseurs et des investissements potentiels, dégradation de l'environnement juridique et risque pour l'attractivité du/des pays etc. Par ailleurs, il y a aussi le souci de prévention contre le risque judiciaire. Celui-ci consiste à engager des procédures techniques, longues, complexes, d'arbitrage à l'issue incertaine. Surtout si l'Etat expropriant fait l'objet d'une lourde condamnation.

2) Les risques financiers d'exproprier : le problème des indemnisations intégrales

36. L'investissement international est un domaine par excellence de la souveraineté. En effet, malgré la politique de la porte ouverte, les États d'accueil ont toujours le pouvoir d'autoriser ou de refuser l'entrée sur leur territoire national d'investissements étrangers. Malgré l'existence du modèle américain²¹⁰ qui prône une autorisation et l'octroi d'avantages avant l'établissement, les Pays en développement, particulièrement ceux d'Afrique, sont attachés à leurs prérogatives d'autoriser ou de refuser un IDE. Les pays en développement sont confrontés, en matière de relations d'investissements avec les entreprises étrangères, à un dilemme. En effet, si dans le principe et en amont, ils peuvent prendre des mesures légales et légitimes expropriant (des investisseurs étrangers s'implantant sur le marché local), en aval et dans la pratique, leur pouvoir d'exproprier est neutralisé par la toute-puissance de la communauté internationale des investisseurs.

37. Le risque est très présent à ce niveau entre ces deux acteurs. Le premier risque couru c'est de voir les investisseurs étrangers quitter en masse le territoire national du pays d'implantation en pointant un environnement juridique précaire et confiscatoire. Le second risque, beaucoup plus grave (et qui témoigne les réticences de certains pouvoirs publics à s'y aventurer) est d'ordre financier. Là, l'Etat est tenu de réparer financièrement le préjudice causé à l'investisseur étranger²¹¹. Quand on sait la faiblesse des moyens budgétaires et

l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », J.D.I. 1965n°1 janv.-fév.-Mars , Paris, éd. techniques S.A. 1964,pp338-390,p.372

²¹⁰Voir Ayed (Ic.) Abida (M.), « *Les nouveaux modèles de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : exemples des modèles américain(2004) et canadien(2005).* » In *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre* Actes du colloque à Tunis les 3 et 4 mars 2006 SD de Ferhat Horchani, Paris, Ed. A. Pedone , 2006 pp 139-151.

²¹¹Les règles du droit international public viennent sur ce point au secours des investisseurs et des entreprises privés à l'extérieur. Le droit international général relatif à la Responsabilité de l'Etat pour fait international illicite pose et détaille la responsabilité de tout sujet de droit international en cas de commission de fait internationalement illicite (à travers la *Résolution AGONU56/83 du 12 décembre 2001 sur la Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*). « *Tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale* » (art.1^{er}). L'Etat doit aussi endosser la responsabilité de son acte sous forme de réparation : « *La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de*

financiers, la plupart des pays en développement, et particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest, réfléchissent deux fois avant de franchir un tel Rubicon²¹². En droit international des investissements étrangers, les problèmes liés à l'indemnisation sont des problèmes lancinants et qui peuvent trainer des années voire des décennies durant²¹³. Ces problèmes financiers sont entiers dans ce domaine, dans la mesure où certains pays refusent même le principe des remboursements en le liant à la pratique des bénéfices excessifs²¹⁴.

restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre » (Art.34) Cette réparation se fait aussi Triplement. Elle se fait sous forme de Restitution : « *L'Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait internationalement illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :*

a) *N'est pas matériellement impossible ;*

b) *N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation* » (Art 35. Restitution). Elle se fait aussi sous forme d'indemnisation : « 1. *L'Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.*

2. *L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi* », Voir art.36 Indemnisation. Elle se fait enfin par satisfaction : « 1. *L'Etat responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut être réparé par la restitution ou l'indemnisation.*

2. *La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée.*

3. *La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'Etat responsable* », Voir art. 37 Satisfaction.

²¹²Le Gouvernement du Sénégal a résilié le contrat signé en 1998 avec la Société d'Etat canadienne Hydro Québec International en alliance avec le français Helio pour gérer la production d'électricité de la Sénélec (Société nationale d'électricité du Sénégal) en proie à des délestages récurrents. Le gouvernement a été contraint de payer une lourde indemnisation près de 80 millions de dollars de dommages et intérêts (près de 40 milliards de francs CFA).

²¹³Certains problèmes financiers découlant des mesures d'expropriation ancienne peuvent demeurer non réglés ou pas définitivement : le problème de la dette russe envers la France et le problème des investissements français en Guinée (après l'indépendance de ce pays 1958) Voir Juillard P. AFDI 1976, « *Investissements* ». Souvent les problèmes demeurent non réglés complètement parce qu'il est difficile de respecter toute la procédure liée aux nationalisations/expropriations (bonne foi, intérêt général, non discriminatoire et indemnisation juste et préalable) C'est cette nécessité que le Tribunal arbitral CIRDI qui l'a rappelé dans l'affaire LETCO c. LIBERIA. Le tribunal a débouté la République du Libéria qui a annulé un contrat de concession conclu pour 30 ans pour non-respect des engagements. Le tribunal rejette l'argument de nationalisation en soulignant : « *Cela supposerait que l'on puisse établir qu'elle (la mesure de nationalisation) ait été prise de bonne foi dans un but d'intérêt général, qu'elle n'ait pas été discriminatoire et qu'elle ait été accompagnée du paiement, ou du moins, d'une offre de paiement, d'une indemnité adéquate. Aucune des conditions n'est remplie en l'espèce* », voir Doctor Juris Jan Schokkaert La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux Droit comparé-droit interne Conventions européennes, Ed Bruylant Bruxelles 2006, p.109, Voir Nikiema H.(S.) « *L'expropriation en droit international des investissements* », Paris, ed PUF, 2012 ; De Nanteuil A. « *L'expropriation indirect en droit international de l'investissement* », Paris, éd. A. Pedone 2014 ; Waelbroeck « *La réparation des atteintes aux investissements étrangers : le discounted-cash-flow* », Revue belge de droit international, 1990, pp. 464-475

²¹⁴Allusion à la notion de « bénéfices excessifs », développés par le président Salvatore Allende lors de la Nationalisation des mines « le cuivre chilien », qui justifie de ne pas honorer une partie des indemnités que doit prétendre l'entreprise privée de ces actifs. L'auteur français bien connu le Professeur P. Juillard note à ce propos : « *Si la mesure chilienne de nationalisation, en effet, a bien posé le principe d'une indemnisation et fixé les règles de son calcul, elle a dans le même temps et de façon indissociable, annihilé les effets de ces dispositions par le jeu des déductions unilatéralement imposées (déductions des bénéfices excessifs) sans mettre à aucun moment les victimes de la nationalisation en mesure d'en contester le montant* », Voir Juillard(P.) Chronique de droit international économique AFDI 1973 « *Investissements* », pp.768-786, p. 777

38. Le Risque financier à une éventuelle expropriation traduit un certain déséquilibre des règles du droit international des investissements en faveur de l'investisseur. Cela s'est traduit par l'effet dissuasif de l'arbitrage et des longues procédures liés aux coûts financiers faramineux des contentieux et les indemnisations éventuelles en cas de pénalités. Par conséquent, dans la réalité, le pouvoir de réglementation se trouve, de fait, limité. Un auteur le résume ainsi :

« Le droit de la protection des investissements, tel qu'il s'est redéployé au contentieux, est alors perçu comme une entrave à la liberté normative des Etats. Certes les accords d'investissement n'empêchent jamais l'Etat de réglementer, d'exproprier, d'adopter des mesures restrictives ni, plus généralement, d'édicter des mesures d'intérêt général. Même lorsqu'il est condamné par un tribunal arbitral du fait de la contrariété de sa réglementation à ses obligations conventionnelles, il n'est jamais contraint de renoncer à la mise en valeur des politiques publiques litigieuses. Dans les faits toutefois, le risque financier que représente un différend entre État et investisseur étranger peut suffire à hypothéquer la liberté normative du premier et à le dissuader d'adopter des mesures qui pourraient être contestées à l'arbitrage »²¹⁵.

La protection des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest a eu une évolution toujours marquée par les préoccupations de solidarité et de justice sociale et la nécessité d'un pragmatisme libérale interventionniste contenu dans les règles de protection.

Section 2 : dilemme entre La tentative de reprise des principes du droit international du développement et l'adhésion libérale-interventionniste dans les régimes de protection interne

39. Le débat sur le régime juridique de la protection des investissements dans les pays du Sud a toujours eu une dimension politique et idéologique très accentuée²¹⁶. En effet, rare domaine du droit international public n'aura suscité autant de controverses, passions et divergences

²¹⁵Voir Cuendet-Robert (S.) « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », RGDIP 2016 n°3, pp. 545-578, p.549

²¹⁶Pour le professeur George Abi Saab ce débat est cristallisé par deux concepts que sont l'égalité et la Souveraineté en droit international. Cet éminent auteur Egyptien et Suisse donne l'exemple des divergences entre les Etats-Unis D'Amérique et le Mexique suite à la Nationalisation du pétrole mexicain. Ce qui préfigure les relations juridiques tendues entre pays investisseurs et pays receveurs d'investissements Pour le professeur « Les nationalisations pratiquées par le Mexique dans les années 30 ont eu pour effet de cristalliser les positions. Tandis que les Etats-Unis d'Amérique élaboraient à cette occasion ce qui allait devenir la « formule de Cordell Hull » - « adéquate, effective and prompt compensation »(c'est-à-dire une indemnisation intégrale et immédiate)-, le Mexique reconnaissait l'obligation de verser des indemnités, mais affirmait que cette question relevait exclusivement du droit interne du pays qui nationalise et dépendait des capacités de paiements de ce dernier ; s'il en était autrement, une obligation de rembourser « immédiatement la valeurs des biens expropriés » aurait pour effet de priver l'Etat du droit de restructurer son économie et de procéder à des réformes sociales, autrement dit ce que l'on appellerait aujourd'hui l'exercice de sa souveraineté permanente sur les ressources naturelles ainsi que de son droit de choisir librement son système économique », voir Abi Saab (G.), La Souveraineté permanente sur les ressources naturelles », in Droit international Bilan et perspectives Tome2 in Mohamed Bedjaoui rédacteur général, ed A. Pedone Unesco, 1991, pp 639-661, pp 656-657

entre pays du nord développés exportateurs de capitaux et pays du Sud pauvres et importateurs de capitaux. Dans ce droit international du développement, fondement du régime juridique de l'investissement durant les premières années d'indépendance, les idées de solidarité, de dialogue, de souveraineté, de transfert de technologie et de formation de la main d'œuvre sont omniprésentes.

40. Ce droit du développement²¹⁷ voit sa juridicité contestée par les acteurs les plus forts de la communauté internationale des pays développés. Néanmoins, il faut que les pays nouvellement indépendants revendiquent le droit d'avoir la souveraineté de régler les ressources naturelles. Une revendication légitime dont les Nations Unies vont faciliter la matérialité à travers différentes résolutions²¹⁸. La notion de frontière entre ce qui relève du « politique » et du « juridique » y est très floue. Ce flou est d'autant plus accentué que dans ce droit on a réglementé juridiquement un système d'échange et d'investissement que la puissance économique et les rapports de force économiques ne permettent pas. A cet égard, il y aura un développement sur les bases juridiques onusiennes des concepts (§ 1) et le caractère non opératoire de la notion de souveraineté permanente sur les ressources naturelles (§ 2).

L- Paragraphe 1 : Les bases juridiques onusiennes des concepts

41. La souveraineté permanente sur les ressources naturelles est à la base du fondement légitime de la politique de protection des ressources naturelles (A) et au caractère progressiste des règles et principes du droit international du développement (B).

A : Le fondement légitime de la politique de protection des ressources naturelles

42. Le légitimisme à la base de l'adoption des différents instruments juridiques au sein des Nations Unies a été possible grâce à la diplomatie du nombre des pays en développement²¹⁹. Ces pays, particulièrement ceux d'Afrique riches en ressources minières, avaient intérêt à

²¹⁷ Le droit international du développement tel qu'il se présente actuellement est davantage la somme des exceptions à des règles existantes et autonomes ; il est un compromis provisoire où des règles générales posées par les pays occidentaux doivent inclure des exceptions contradictoires révélant la présence du Tiers monde » A. Mahiou, « Les implications du nouvel ordre économique et le droit international », in droit international et développement. Alger, SNED, 1978, p.321 cité par M. Bennouna, « Droit international du développement Tiers monde et interpellation du droit international », Ed Berger-Levrault, janvier 1983, 327p. p.18

²¹⁸ « La récupération des ressources naturelles et activités économiques sera le moyen privilégié pour les pays défavorisés de faire entendre leur voix et de disposer d'un moyen de négociation et de pression face aux pays riches. La vague des Nationalisations et de mesures de contrôle des capitaux extérieurs va se précipiter au cours des années 1970 et 1971 » Voir Rapport supplémentaire du secrétaire générale des Nations-Unies sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. New York, 1974, doc. A/9716 cité par Bennouna (M) droit international du développement Tiers monde et interpellation du droit international, Ed Berger-Levrault, Janvier 1983 p.35 335p.

²¹⁹ Cette vision de la « diplomatie du nombre et de tribune » est facilitée par les Nations-Unies : l'art. 2 de la Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945 dispose que « all L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres » L'art. 18 de la Charte dispose aussi que : « Chaque membre de l'Assemblée dispose d'une voix. Et l'alinéa 2 note aussi que « Les décisions de l'Assemblée générale sur les questions importantes sont prises à la majorité des deux tiers des membres présents et votants... » Sur ce point l'apport de la diplomatie algérienne a été cruciale et décisive à travers son influence sur le groupe des non-alignés.

l'adoption d'un tel instrument qui vient renforcer et protéger davantage leur souveraineté juridique et politique²²⁰. Et pour des raisons liées au développement et l'attente que constitue les ressources naturelles dans ce domaine, la Résolution 1803 de l'AGNU souligne : « *La souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé* »²²¹ L'investissement dans les mines, la mise en valeur et toute autorisation sont tenues de se conformer aux lois et réglementations en vigueur dans les pays d'implantation. Le texte souligne dans l'article 2 : « *La prospection, la mise en valeur et la disposition de ces ressources ainsi que l'importation des capitaux étrangers nécessaires à ces fins devraient être conformes aux règles et conditions que les peuples et nations considèrent en toute liberté comme nécessaires ou souhaitables pour ce qui est d'autoriser, de limiter ou d'interdire ces activités.* »²²².

43. De même sur ce point, l'accent des Nations-Unies a été un secours juridique et diplomatique pour les pays en développement particulièrement ceux d'Afrique. En effet, ces derniers ont accueillis beaucoup d'investissements miniers des firmes transnationales. Ces entreprises étrangères jouissent des conditions juridiques favorables (clauses de stabilisation et facilités juridiques et fiscales à long terme et rapatriement des bénéfices etc.). Ce qui n'est pas le cas des Pays receveurs d'investissement d'Afrique de l'ouest. Ils n'ont que des parts minimales dans le capital des sociétés constituées pour l'exploitation des ressources naturelles (généralement 10%). C'est pourquoi, la résolution affirme que : « *Dans les cas où une autorisation sera accordée, les capitaux importés et les revenus qui en proviennent seront régis par les termes de cette autorisation, par la loi nationale en vigueur et par le droit international. Les bénéfices obtenus devront être répartis dans la proportion librement convenues, dans chaque cas, entre les investisseurs et l'Etat où ils investissent, étant entendu qu'on veillera à ne pas restreindre, pour un motif quelconque, le droit de souveraineté dudit Etat sur ses richesses et ses ressources naturelles* ».

44. Pour les Nations-Unies la nécessité du respect des clauses inscrites dans ce texte s'impose à tout investisseur dans ces pays. Et l'organisation universelle de mettre en parallèle, le respect des ressources naturelles des pays en développement et le respect du contenu de la Charte de l'ONU. Ainsi, l'article 7 dispose : « *la violation des droits souverains des peuples et des Nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles va à l'encontre de l'esprit de la Charte des Nations-Unies et gêne le développement de la coopération internationale et le maintien de la paix* »²²³. De même le fondement de la légitimité souveraine des États à

²²⁰ Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 pose le principe de la non-ingérence et le respect de la souveraineté des États et la non-ingérence dans les affaires intérieures et l'indépendance de ceux-ci : l'alinéa 4 de la Charte dispose : « *Les membres de l'organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations-Unies* »

²²¹ Voir Résolution 1803(XVII) de l'AGNU, souveraineté permanente sur les ressources naturelles dans son principe 1

²²² Voir Résolution 1803(XVII) de l'AGNU article 2

²²³ Voir NU résolution 1803(XVII) de l'AGNU Souveraineté permanente sur les ressources naturelles Décembre 1962 article 7. L'article 8 de ce texte souligne par ailleurs : « *Les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des États souverains ou entre de tels États seront respectés de bonne foi ; les États et les*

admettre ou pas les investissements étrangers sur son sol a été réaffirmé. En effet ceux-ci ont le droit et la souveraineté de choisir le système politique et économie conformément à la volonté de leurs peuples souverains sans ingérence aucune.²²⁴ Ces principes adoptés ont eu une signification particulière en droit international.

B : La signification progressiste des règles et principes contenus dans ces instruments

45. Le caractère progressiste voire militant des principes relatifs au droit international du développement ne fait l'objet d'aucun doute. Ce droit « d'exhortation » est structuré au tour de principes et de règles invitant les acteurs des investissements étrangers et les pays développés sur la nécessité de respecter la souveraineté des pays en développement, l'éthique en matière d'affaires dans leur relation vis-à-vis de ces derniers. N'ayant aucune autre voie (légale ou non...) pour contraindre les pays développés, les pays en développement profitent de la diplomatie de la tribune et la loi du nombre pour imposer leur volonté face à une situation inique sur le plan économique. Ces principes entendent redonner « espoir » et refonder les relations économiques (commerce et investissement) entre le Nord et le Sud dans le sens d'une plus grande justice.

46. Ces instruments juridiques, à caractère politique, diplomatique économique, ont montré, d'une certaine manière, la prise du pouvoir par les pays en développement du Tiers-monde. Les Nations-Unies ont souligné la nécessité pour le droit sur les ressources naturelles de s'exercer pour le bénéfice exclusive du peuple : « *Le droit de souveraineté permanent des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé* »²²⁵. De même que l'élan progressiste est souligné la Résolution 3201 du 1^{er} mai 1974. Cet instrument constate la dégradation de la situation économique et la mauvaise répartition des progrès techniques : « *le revenu des pays en voie de développement, où vivent 70% de la population mondiale, ne représente que 30% du revenu mondiale. Il s'est révélé impossible de réaliser un développement harmonieux et équilibré de la communauté internationale dans l'ordre*

organisations internationales doivent respecter strictement et consciencieusement la souveraineté des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles, conformément à la Charte et aux principes énoncés dans la présente résolution » voir article 8

²²⁴ La Résolution 3281 (XXIX), portant Charte des droits et devoirs économiques des États » adoptée le 14 décembre 1974 par 118 voix contre 6 et 10 abstentions, souligne dans son article 2 : « *Chaque État détient et exerce librement une souveraineté et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer. Al. 2 poursuit Chaque État a le droit : a) de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridictions nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun État ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers ; b) De réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridictions nationales et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale. Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures d'un État hôte. Chaque État devrait, compte dûment tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres États dans l'exercice du droit énoncé au présent alinéa* »

²²⁵ Voir N-U, Résolution 1803 (XVII), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Adoptée le 14 décembre 1962 par 87 voix contre 2 et 12 abstentions

économique internationale actuel. L'écart entre les pays développés et les pays en voie de développement ne cesse de croître dans un monde régi par un système qui remonte à une époque où la plupart des pays en voie de développement n'existaient même pas en tant qu'États indépendants et qui perpétue l'inégalité »²²⁶.

47. Le caractère progressiste suppose exhorter les sujets de droit international à coopérer pour résoudre les différends économiques et lutter contre les dysfonctionnements structurels des relations économiques internationales favorisant les pays industrialisés. Ainsi les : « États devraient coopérer pour faciliter les relations économiques internationales plus rationnelles et plus équitables et pour encourager des transformations de structure dans le cadre d'une économie mondiale équilibrée conformément aux besoins et aux intérêts de tous les pays, en particulier des pays en voie de développement, et devraient prendre des mesures appropriées à cette fin »²²⁷. Ici encore, les principes du droit international public viennent au secours des relations économiques entre partenaires inégaux du Nord et du Sud. En effet, le caractère juridiquement égalitaire en cours en droit international entre sujets de ce droit est affirmé. Ce caractère égalitaire suppose l'implication et la participation des États en voie de développement à toutes les décisions les concernant et ceux au plan économique, commercial et financier. L'article 10 le pose pertinemment avec force : « Tous les États sont juridiquement égaux et, en tant que membres égaux de la communauté internationale, ont le droit de participer pleinement et effectivement à l'adoption, au niveau international, de décisions visant à résoudre les problèmes économiques, financiers et monétaires mondiaux, notamment par l'intermédiaire des Organisations internationales appropriées conformément à leurs règlements présents et à venir, et d'avoir part, de manière équitable aux avantages qui en découlent »²²⁸.

48. La philosophie développementaliste des textes de l'ONU est une donnée que les pays du Sud, nouvellement indépendants, ont tenu de mentionner. Déjà, on y parle de l'être humain comme une dimension essentielle de tout processus de développement dans les pays les moins avancés (PMA). L'importance accordée, avec insistance, à cette dimension est posée par la Déclaration sur le droit au développement :

« 1. L'être humain est le sujet central du développement et doit donc être le participant actif et le bénéficiaire du droit au développement.

2. Tous les êtres humains ont la responsabilité du développement individuellement et collectivement, compte tenu des exigences du plein respect de leurs droits de l'homme et de leurs libertés fondamentales et eu égard à leurs devoirs envers la communauté, qui seule peut assurer l'entier et libre épanouissement de l'être humain et qui doit donc promouvoir et protéger un ordre politique, social et économique propre à favoriser le développement

²²⁶ Voir N-U, préambule Résolution 3201, Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, 1^{er} mai 1974

²²⁷ Voir N-U, Résolution 3281(XXIX), Charte des droits et devoirs économiques des États. Du 14 décembre 1974 par : 118 voix contre 6 et 10 abstentions, art. 8. L'article 9 de ce texte dispose : « Tous les États ont pour responsabilité de coopérer, dans les domaines économique, social, culturel, scientifique et technique, à favoriser le progrès économique et social dans le monde entier, et en particulier dans les pays en voie de développement »

²²⁸ Voir Art. 10 de la Résolution N-U du 14 décembre 1974 op cit.

3. *Les États ont le droit et le devoir de formuler des politiques de développement national appropriées ayant pour but l'amélioration constante du bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus, fondée sur leur participation active, libre et utile au développement et à la répartition équitable des avantages qui en résultent* »²²⁹.

Le concept de Souveraineté permanente, conçue comme une technique et pratique consistant à mieux prendre en compte la capacité des pays en développement (particulièrement africains) à gérer par et pour eux-mêmes leurs ressources et richesses naturelles, a eu des résultats pour le moins mitigés.

M- Paragraphe 2 : Le droit au développement : un concept non opératoire en matière d'investissement

49. Le concept de souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les autres résolutions négociées et adoptées sous l'égide des Nations-Unies ont connu un destin contrasté du fait de leur nature de droit mou et non contraignant (A). Il y a aussi les réserves émises par certains acteurs du droit international auxquels il est destiné (B)

A : Les limites juridico-politiques d'un droit mou et non-contraignant

50. Ce droit révolutionnaire était trop idéaliste. En effet, par le juridisme et la réglementation, on a voulu changer radicalement un système économique international. Ceux qui en profitent et qui disposent de moyens (technologies et savoirs faire) considérables n'entendent pas céder une parcelle de leurs pouvoirs et avantages économiques, commerciaux et financiers. Autrement dit, la division internationale du travail²³⁰, très défavorable au plan économique aux pays en développement -particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest-, ne peut être transformée du jour au lendemain par des règles et des normes juridiques aussi légitimes et idéales soient-elles. Ainsi serions- nous tenter de dire « après l'idéal, le réel économique ». L'article du professeur Maurice Kamto est fort édifiant à ce propos. Cet auteur parle même de « d'illusion » et « jeu de dupes ». Il remarque qu' : *« il serait trop facile, après coup, de railler les représentants des pays sous-développés qui, dans les foras internationales, s'échinèrent à essayer de construire de nouveaux rapports économiques internationaux à coup de déclarations souvent enflammées et de résolutions arrachées ; ou de critiquer sévèrement une doctrine qui se laisse entraîner par la passion généreuse pour un droit nouveau au service*

²²⁹ Voir *N- U L'AG de la Déclaration on the right to développement* « droit au développement » du 4 décembre 1986 article 2. N.B. Texte adopté par 146 voix contre 1 (Etats-Unis) avec 8 abstentions cité par le Professeur Claude-Albert Colliard, dans AFDI-1987 pp.614-627 pp.614-626

²³⁰ Qui consacre la spécialisation sur le plan du développement : les pays du Nord « les centres développés » sont spécialisés dans les produits manufacturés à forte valeur ajoutée et très chers et les pays du Sud « la périphérie sous-développés » sont spécialisés dans les matières premières et les produits agricoles à faible valeur ajoutée dont les prix sont faibles.

d'une cause moralement juste mais juridiquement mal aisée à défendre »²³¹. Cet internationaliste poursuit encore :

: « La doctrine a tenté le forcing théorique en cherchant, en vain, à démontrer l'impossible : le caractère impératif des recommandations formulées par les conférences internationales ou dans les résolutions de l'AGNU. Il est indéniable que la répétition de telles résolutions a pu miner l'autorité des règles de droit qui leur étaient contraires en révélant l'absence de consensus sur ces normes juridiques qui paraissaient si bien établies. Pour autant, on ne peut dire qu'elles soient devenues, de ce seul fait, du droit »²³².

51. Ce droit à visées développementalistes qui a acquis une grande légitimité intellectuelle et politique dans les pays nouvellement indépendants du Sud et ayant besoin d'affirmer leurs souverainetés économiques, ne pouvait pas avoir force contraignante du fait de son illégitimité dans les pays du Nord développés et du scepticisme affiché de la doctrine juridique et internationaliste occidental²³³. Alors que son collègue Prosper Weil parle de glissement « vers une normativité relative en droit international »²³⁴. De même que ces règles étaient molles, orientées idéologiquement bref de la morale sans aucune contrainte pour les sujets internationaux qui s'y souscrivent. Ainsi, selon le professeur Virally : « Les Résolutions des Nations-Unies, à l'exception des textes créateurs d'organes ou porteurs de décisions internes de l'Organisation, avaient seulement « valeur morale et politique, là où nombre de juristes de tendance tiers-mondiste entendaient leur faire reconnaître une pleine valeur obligatoire. D'où les infinies discussions sur le droit du développement en tant que droit véritable et effectif »²³⁵. C'est ainsi que beaucoup d'Etat du Nord ont refusé d'y souscrire et d'y participer.

B : Les objections et les réserves de la part de sujets de droit international

52. Pour pouvoir pleinement produire ses effets, avoir un bon suivi et être efficace, une convention internationale a besoin aussi bien de la signature, la ratification et de l'adhésion de tous les sujets du droit international. Toutefois, tel n'a pas été le cas dans le cadre des résolutions des Nations Unies pour le nouvel Ordre économique international et la nécessité

²³¹ Voir Kamto(M) « Requiem pour le droit international du développement » pp 493-507 in « droit, liberté, paix, développement » Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh , Paris ed A. Pedone, 2011 p.494 , 595p.

²³² Le professeur Kamto ajoute : « Elles ont au mieux généré une pratique interpellative du droit positif, sans toutefois qu'une telle pratique soit devenue elle-même une obligation juridique entraînant des contraintes de droit » op cit.

²³³ Voir à propos R.J. Dupuy, « Droit déclaratoire et droit programmatoire. De la coutume sauvage à la soft law » in *méthodes et techniques actuelles d'élaboration du droit international public* », SFDI, Colloque de Toulouse, 1974, Paris, Pedone, 1975. Voir également « Communauté Internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public », RCADI, T.165, 1979-IV9-232 .VOIR EGALEMENT : PAYS EN DEVELOPPEMENT ET TRANSFORMATION EN DROIT INTERNATIONAL, SFDI COLLOQUE D'AIX-EN-PROVENCE, 1973, PARIS, PEDONE, 1974. A. PELLET PARLE DE « DROIT RECOMMANDATOIRE » ET G. FEUER DE « ZONE INTERMEDIAIRE », VOIR G. FEUER, « LE DROIT DU DEVELOPPEMENT, UNE INVENTION FRANCOPHONE ? IN SFDI COLLOQUE DE LYON « DROIT INTERNATIONAL ET DEVELOPPEMENT ED A. PEDONE-PARIS 2015 P.74

²³⁴ V. Weil(P), « Vers une normativité relative en droit international ? », RGDIP, 1982 cité par Kamto (M.) p.497

²³⁵ Voir Virally cité par Guy Feuer Le droit au développement Une « invention » francophone ?, In SFDI, Colloque de Lyon Droit international et développement, Ed. A. Pédone-Paris 2015, pp.65-78, p.74

de mettre fin à l'injustice et à l'inégalité économiques dont les pays du Tiers-monde et l'Afrique de l'ouest en particulier sont victimes²³⁶. Beaucoup de pays avancés économiquement et technologiquement ont émis de sérieuses réserves sur ces concepts²³⁷. Il faut dire que ces États occidentaux, par le biais de leurs firmes transnationales, avaient fait beaucoup d'investissements dans les pays du tiers monde²³⁸. Par conséquent, la souscription éventuelle à ces instruments juridique-diplomatiques risquent de mettre en danger la sécurité juridique de leurs investissements dans les pays en développement. Il y a aussi une objection avec des tenants idéologiques. Des auteurs ont pu parler de « droit contesté ». En effet, selon G. Feuer et H. Cassan : « *Dans la mesure où, sur bien des points, le droit international du développement est avant tout un droit voulu par le Tiers-monde, sa réalisation se heurte souvent aux réticences des pays industrialisés occidentaux. Cette proposition tire son origine de ce que les pays en développement projettent dans le droit nouveau une conception interventionniste de l'économie internationale alors qu'au contraire la plupart des pays occidentaux restent globalement attachés au libéralisme. Cet antagonisme se manifeste sous de multiples formes, à l'occasion soit de débats sur les principes soit de conflits d'intérêts.* »²³⁹.

53. Ces objections n'étaient pas seulement le fait des sujets internationaux développés. Les pays du Nord ont toujours consolidé leurs avances grâce à la maîtrise scientifique, technique et savoir-faire manufacturiers. Par conséquent, ils ne voulaient pas être liés par des textes dont l'observance en bonne et due forme risque bouleverser l'équilibre des rapports de force économique. Ce dernier lui a toujours été favorable. Alors que les pays du Sud et leurs intelligentsia ont toujours fondé leur foi sur ces textes censés favoriser l'équité dans les échanges économiques et le transfert de technologie. En un mot le droit ne peut se permettre de modifier les rapports de force économique aussi ancrés qu'injustes en vers les pays faibles.

²³⁶ Le problème du suivi et l'effectivité des résolutions des Nations-Unies se sont toujours posés quant à leur applicabilité et leurs efficacités. Le professeur Patrick Juillard parlant du *suivi d'une résolution d'une organisation internationale*, vise : « l'ensemble des moyens qui sont prévus afin qu'elle révèle quel qu'effectivité. A cet égard, on peut donc définir le suivi comme l'ensemble des suites qui doivent être données à un acte juridique pour que celui-ci produise les effets que l'on attend de lui », voir Juillard P. « Le suivi des instruments O.C.D.E. du 21 Juin 1976(Déclaration et Décisions sur l'investissement international et les entreprises multinationales) in SHDIRI, SFDI « *L'effectivité des Organisations Internationales : Mécanismes de suivi et de contrôle*, SD H. Ruiz Fabri, L.-A. Sicilianos, J.-M. Sorel Journée franco-helléniques 7-8 mai 1999, ed Ant. N. Sakkoulas –A. Pedone Athènes-Paris 2000, pp.181-1995 p.181

²³⁷ On ne va adopter une vision simpliste en affirmant que ceux qui sont contres sont au nord et ceux qui sont pour sont au Sud. La réalité est plus nuancée. La Résolution 1803(XVII) *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles* a été « adoptée le 14 décembre 1962 par 87 voix (y compris des pays du Nord) contre 2 et 12 abstentions » Voir Pellet A. Les Nations-Unies Textes Fondamentaux, Paris Ed. PUF, 1995, 126p. p.70. Alors que la Résolution 3281(XXIX), « Chartes des droits et devoirs économiques des États » est adoptée le 14 décembre 1974 par 118 voix contre 6 et 10 abstentions » Ibid p.75 et la dernière Résolution 41/128 « Déclaration sur le droit au développement. Adoptée le 4 décembre 1986 par 146 voix contre 1 et 18 abstentions », ibid p. 86. Le résultat de ces différents votes traduit une profonde « méfiance » entre acteurs des relations économiques internationales, ce qui a fini de rendre ces « instruments progressistes adoptés à l'ONU » inefficaces pour corriger l'injustice relations commerciales Nord-Sud.

²³⁸ Les pays du Nord ont investis beaucoup de capitaux (argent et en technologie etc.) pour accéder aux matières premières, produire sur place en créant des industries de transformation. Toutefois, contrairement aux pays de l'OCDE qui offrent des garanties de sécurité juridique, les pays importateurs sont réputés instables (sur le plan institutionnel et surtout juridique) mettant les capitaux éventuellement investis sous un régime d'insécurité juridique et judiciaire.

²³⁹ Voir Feuer(G) et Cassan(H) « droit international du développement », 2^e éd. Ed Dalloz-1991, 612 p. p.26

De même, il faut le souligner, ces objections étaient aussi le fait des Organisations économiques internationales particulièrement ceux du Breton Woods²⁴⁰.

54. Ces organisations ont toujours été adeptes du libéralisme et de l'orthodoxie en matière économique. Ce qui n'est pas le cas des organismes économiques de la famille des Nations-Unies qui se sont toujours préoccupés des pays les moins avancés dans leurs études, rapports et résolutions et politiques. Pour illustrer ce contraste la professeur Emmanuelle Tourme-Jouannet souligne que :

« Cet élan de réformisme juridique s'est brisé dans les années 1980 pour de multiples raisons, internes et externes aux États décolonisés, laissant la place à la prédominance du modèle néolibéral au sein de la mondialisation post-guerre froide. Celui-ci traduit la mise en œuvre –via les actions et instruments normatifs du FMI et de la Banque Mondiale, mais aussi des résolutions de l'Assemblée générale- d'un triple mouvement de dérégulation, de privatisation et de libéralisation de toutes les économies et des marchés financiers et monétaires qui enterrent toute idée de NOEI pour appliquer le même modèle néolibéral de développement à tous les États de la planète, riches ou pauvres »²⁴¹

Les pays d'Afrique de l'ouest n'avaient pas en matière d'accueil, de traitement et de protection des investissements étrangers sur leurs sols, de convictions établies. Ils ont toujours adopté une démarche et des pratiques douces et équilibrées en témoignent leurs législations relatives aux investissements dans les décennies postindépendance qu'ils ont accédé à la souveraineté internationale, les pays d'Afrique de l'ouest se trouvent dans une situation économique et sociale où tout était à refaire. Et comme ils sont dépourvus de savoirs faire, connaissances et de capitaux technologiques et scientifiques, la seule alternative qui s'offrait à eux c'est de nouer des rapports de partenariat avec les firmes transnationales des pays les plus avancés²⁴². Ces relations se sont faites dans la pratique par le biais du mécanisme contractuel²⁴³. Ainsi, la convention d'établissement est une forme d'investissement particulier dans les pays d'Afrique de l'ouest : *« Il s'agit, le plus souvent d'un traité bilatéral qui*

²⁴⁰ Le professeur J. Marc Sorel montre l'efficacité du mécanisme de suivi des I.F.I. en décrivant : *« Devenus de véritables standards internationaux, les accords de confirmation ou les accords de la Banque Mondiale constituent des trames qu'il faut suivre pour espérer intégrer une communauté libérale sans laquelle il n'y a point de survie. Pour cette raison, les mécanismes de suivi n'ont guère besoin d'une solide carapace juridique, ils seront efficaces en eux-mêmes, en dehors de tout schéma juridique préétabli. »*, Voir J.M-Sorel *« La puissance normative des mesures de suivi au sein du FMI et de la Banque Mondiale »*, in l'effectivité des Organisations Internationales Mécanismes de suivi et de contrôle, pp.197-212, p.210

²⁴¹ Voir Tourme-Jouannet (E.) *Le droit international*, Ed. PUF, 2013, Paris p.100

²⁴² Le rapport entre les firmes transnationales et les États ont toujours été des rapports instables juridiquement, complexes économiquement et politiquement étouffants. Dans le contexte actuel de l'économie internationale, leur puissance est réelle et tentaculaire. Le professeur Patrick Juillard note à ce propos l'exemple des firmes Américaines en Amérique latine : *« Aux États-Unis, la puissance de certaines sociétés multinationales est en voie de devenir un problème de gouvernement. La gigantesque International Telegraph and Telephone a été mêlée depuis deux ans à divers scandales : on l'accuse même d'avoir comploté au Chili contre le pouvoir du président Allende. Au moment où l'armée prenait le pouvoir à Santiago, les représentants de cinq compagnies multinationales témoignaient à New York devant une commission des Nations-Unies réunie à la demande de M. Waldheim pour enquêter sur la plainte du Chili contre I.T.T »*, voir Juillard P., AFDI 1973, chronique de droit international économique « Investissements » pp768-786, p.772

²⁴³ Voir Sourang (M.), *Les contrats entre les États africains et les entreprises étrangères. Contribution à l'étude des conventions d'établissements signés par les pays africains* Thèse Université de Bordeaux 1 1980

contient l'énumération des droits- et des limites des droits- reconnus aux étrangers en ce qui concerne l'exercice des professions libérales et commerciales, leur statut en matière sociale ou fiscale, leurs droits acquis, leur participation aux activités de l'Etat(marchés publics, concessions,, autorisations administratives principalement)....L'indépendance des États africains a provoqué la conclusion de nombreux accords d'établissement-souvent de contenu identique- liant la France et les nouveaux États ; dans les relations franco-sénégalaises, on peut citer la convention d'établissement du 22 juin 1960 »²⁴⁴ qui a été l'instrument juridique privilégié de la pratique des investissements étrangers dans les pays de la région ouest africaine.

58. Ces investissements nécessitent de gros volumes de capitaux²⁴⁵, de solides garanties juridiques, une longue période d'installation et sont nécessaires pour l'intérêt général et l'atteinte des objectifs fixés dans le cadre des plans de développement²⁴⁶. Le code des investissements du Dahomey (actuel République du Bénin) dispose de différentes garanties pour cet instrument contractuel. Ainsi, son article 29 dispose diverses garanties :

- *«Garanties de stabilité en matière de commercialisation des produits ;*
- *Garanties de l'accès de circulation de la main d'œuvre, de liberté de l'emploi, ainsi que le libre choix des fournisseurs et des prestataires de services, dans le respect des principes posés par les articles 5 ,2^e alinéa et 17 ci-avant.*
- *Garanties concernant le renouvellement des permis d'exploitation forestière et minière.*
- *Éventuellement modalités d'utilisation des ressources hydrauliques, électriques et autres nécessaires à l'exploitation, ainsi que les modalités d'évacuation des produits jusqu'au lieu d'embarquement et de l'utilisation des installations existantes ou créées par ou pour l'entreprise en ce lieu d'embarquement »²⁴⁷.*

²⁴⁴Voir Gautron Claude-J., *« les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises »*, AFDI 1968, CNRS, pp.654-670, pp.654-655

²⁴⁵Voir République du Dahomey la loi N°61-53 du 31 décembre 1961 établissant un code des investissements. Dans le chapitre III-Régime »C », l'article 28 dispose : « Le régime « C » s'adresse aux entreprises très importantes qui nécessitent une longue période d'installation avant de trouver leur rythme normal d'exploitation et dont l'implantation d'un intérêt capital pour le développement économique de la Nation nécessite des mesures exceptionnelles. Ces entreprises passent avec le gouvernement de la République du Dahomey « des conventions d'établissement » dont la durée ne peut excéder 25 années »

²⁴⁶ « Ces priorités sont pour l'essentiel, celles indiquées dans notre IIIe plan de développement économique et social le troisième plan de développement économique et social. Pour tenir compte de ces impératifs, le nouveau code proposé renferme des innovations qui sont de nature à promouvoir un rééquilibre de la balance des paiements par un accroissement de nos exportations et des échanges entre les entreprises régulièrement établies au Sénégal ». Voir exposé des motifs de la loi N° 72-42 du 4 juin 1972 instituant un nouveau code des investissements au Sénégal.

²⁴⁷Voir article 29 de la Loi n°61-53 du 31 décembre 1961 portant Code des investissements du Dahomey. Il est également instauré le régime fiscal stabilisé ». L'article 32 de la même loi en dispose comme suit : « Pendant la période du régime fiscal stabilisé, il est accordé la stabilité des impôts directs tels qu'ils existent à la date d'établissement de la convention, tant dans leur règles d'assiette et dans leur taux que dans leurs modalités de recouvrement.

59. Même si rares sont les textes de droit positif que le reconnaissent, l'investissement se faisait, d'une certaine manière, par l'assistance technique et financière. Les conventions d'établissement, mécanisme pratique de la protection des investissements étrangers ont soulevé beaucoup de problèmes sur leur nature juridique²⁴⁸. Pour le professeur, Jean Claude Gautron : « Avec l'indépendance du territoire, il n'est plus possible de considérer que les conventions d'établissement sont une catégorie spéciale de contrats administratifs sénégalais ». Il l'assimile à des traités de droit international entre partenaires disposant d'un pied d'égalité pour nouer un partenariat sur le plan économique. Il en parle ainsi : « On pouvait y voir une catégorie particulière de traités internationaux par laquelle, un État et une personne privée étrangère, placés sur un pied d'égalité, s'obligent mutuellement. Puis que traditionnellement, un accord entre un État et une personne étrangère est fondé sur une loi nationale, il fallait admettre dans ce cas, une extension dans le droit international de la qualité de sujet aux personnes privées qui contractent un investissement dans un État étranger »²⁴⁹. Les conventions d'établissement ne sont que l'aval d'un environnement juridique des investissements marqué par la priorisation des secteurs à fort potentiel et des entreprises agréées.

N- Paragraphe 3 : L'adhésion libérale-interventionniste des instruments juridiques internes de protection : les codes d'investissement après l'indépendance des pays d'Afrique de l'ouest

54. Il s'agit ici des instruments juridiques internes appelés communément code des investissements du début des indépendances. Ils sont marqués par l'instauration d'un régime étendu concernant les privilèges (A). Toutefois, ils sont marqués par des limites et insuffisances criardes (B).

A : L'instauration d'un régime étendu de privilèges

Le bénéfice de cette disposition peut être étendu aux autres contributions, taxes et droits fiscaux, pour des périodes valables. »

²⁴⁸ L'analogie est faite ici avec la pratique de l'agrément en matière d'investissement. Le professeur Philippe Kahn le souligne en évoquant dans certaines lois d'investissement le jumelage de ce « système avec la procédure d'agrément » il s'écrit : « Pourtant, dans certains codes...l'entreprise doit avoir été agréée à un certain régime dit régime de longue durée qui est un régime fiscal particulièrement favorable, avant de pouvoir négocier la convention d'établissement, ce qui permet sans doute un contrôle plus étroit du pays qui reçoit l'investissement ». Il conclut que le « régime de longue durée de la convention est beaucoup plus stable et offre beaucoup plus d'avantages que les régimes liés à une simple procédure d'agrément », Voir Kahn (Ph.) « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », JDI n°1, 1965, pp.338-390, p.359

²⁴⁹ Pour cet auteur « une évolution parallèle peut être faite avec les mécanismes de protection internationale des droits de l'homme (ce qui permet à un individu de saisir directement certains organes internationaux de contrôle). Mais il s'empresse de préciser : « cette analogie est contestable et la référence au droit international public trop large. En l'espèce, l'expérience sénégalaise suggère une solution plus nuancée » Voir Jean Claude Gautron « Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises », AFDI 1968 XIV ed CNRS pp 654-670 p. 667-668

C'est un régime que les codes d'investissement ont toujours à cœur à travers la diversification des avantages fiscaux (1) ; mais aussi la pratique des investissements par les conventions d'établissement (2). Il y a le régime des entreprises et secteurs prioritaires (3).

1) La nature diversifiée des avantages au plan fiscal

55. Dans les régimes juridiques liés aux investissements étrangers, la fiscalité est un instrument à la fois d'attractivité et de dissuasion pour tous pays. Ceci est particulièrement vrai dans le cadre des pays d'Afrique de l'ouest. Ces derniers, malgré des similitudes²⁵⁰ du cadre juridique relatif à la protection de l'investissement, ont mis en place une fiscalité très généreuse. Dans cette optique, on distingue selon les pays différentes options et régimes fiscaux. Le but étant d'assurer la stabilité et la prévisibilité des lois fiscales nécessaire pour les investisseurs afin de jouir de leurs investissements. Pour un pays comme la Côte d'Ivoire qui est très libéral durant cette époque, cette option fiscale est de mise. La loi du 3.9. 1959 détermine le régime des investissements privés dispose dans son article 6 : « *Le régime fiscal de longue durée est destinée à garantir à des entreprises agréées comme prioritaires, la stabilité de tout ou partie des charges fiscales qui leur incombent, pendant une période maximum de 25 ans, majorée, le cas échéant dans la limite de 5 années, des délais normaux d'installation* »²⁵¹. De même dans un souci de stabilité et de sécurité fiscale, la loi dans ce domaine ne peut faire l'objet de retouches techniques ou substantielles. Ainsi l'article 7 du dit loi dispose : « *Pendant la période d'application d'un régime fiscal de longue durée, aucune modification ne peut être apportée aux règles d'assiette et de perception, ainsi qu'aux tarifs prévus par ce régime en faveur de l'entreprise bénéficiaire. Pendant la même période, l'entreprise bénéficiaire ne peut être soumise aux impôts, taxes et contributions de toute nature dont la création résulterait d'une loi postérieure à la date d'application du régime fiscal de longue durée* »²⁵².

²⁵⁰ La notion « d'avantage et de privilège fiscal » est au cœur des lois sur l'investissement étranger. Le cas du Ghana est assez identique aux autres pays d'Afrique de l'ouest. Selon Haberlii : « *A l'instar de tous les autres codes des investissements africains, le code ghanéen se sert de tout le clavier fiscal pour encourager des investissements ; contrairement à la majorité des autres codes, les faveurs fiscales ne sont pas réservées exclusivement aux investissements nouveaux, mais peuvent également être accordées aux anciens, à la condition de leur approbation rétroactive (art 8)* » Il poursuit que dans le code du Ghana « les avantages promis sont très importants, mais limités dans le temps (4-10ans) (art 13-22) :

-« *Employment tax credit* » peut être accordé aux projets qui créent de nombreux postes de travail (art.13).

- Les projets impliquant une technologie coûteuse peuvent être exemptés de l'impôt sur le revenu (art 14).

- La dépréciation accélérée du capital fixe et des déductions pour les recherches scientifiques sont également possibles (art 15 et 16).

- Les biens d'équipement nécessaires qui ne peuvent être acquis en quantité suffisante bénéficient d'une réduction ou d'une exemption des taxes à l'importation ; les biens produits par le projet approuvé peuvent être exemptés de la taxe à l'exportation (art.18).

- Le paiement des droits de timbre peut être différé de cinq ans (art.19).

-Il existe enfin des exemptions de l'impôt sur la propriété foncière accordée aux constructions et aménagements d'immeubles en rapport avec le projet (art.21). » Cité par Haberlii (Ch) ouvrage prec. « Les investissements étrangers en Afrique » pp.265-266

²⁵¹ Voir République de Côte d'Ivoire Loi N°59.134 du 3-9-1959 déterminant le régime des investissements privés dans la République de Côte d'Ivoire article 6- du titre II « Du régime fiscal de longue durée »

²⁵² Voir article 7 de la loi déterminant le régime des investissements privés en Côte d'Ivoire. Cette loi s'empresse de préciser et détailler la nature des mesures faisant l'objet d'exonération et d'allégement. Le titre IV « De la

56. Un autre pays comme le Niger va plus loin en instaurant pour les entreprises étrangères agréées un « régime A » qui consiste à les exonérer des droits de douane et pour différentes taxes pour dix ans²⁵³. Toutefois, le cas du Niger offre une certaine particularité par rapport à d'autres pays ouest africains. En effet, ce pays a instauré un « délai d'expiration de trois ans » avant que l'investisseur qui est bénéficiaire d'un avantage s'engage à procéder à un libre rapatriement des bénéfices. Ainsi, l'article 11 bis de la loi de 1963 dispose clairement : « *En contrepartie des avantages qui lui sont consentis l'entreprise agréée s'engage à ne procéder au rapatriement des capitaux étrangers investis qu'après l'expiration d'un délai de 3 ans* »²⁵⁴. La fiscalité qui est un instrument juridique de protection en amont n'est pas le seul. L'autre instrument et mécanisme pratique de conclure des relations d'investissement a été les conventions d'établissement.

2) La pratique des investissements par les conventions d'établissement

57. Une fois qu'ils ont accédé à la souveraineté internationale, les pays d'Afrique de l'ouest se trouvent dans une situation économique et sociale où tout était à refaire. Et comme ils sont dépourvus de savoirs faire, connaissances et de capitaux technologiques et scientifiques, la seule alternative qui s'offrait à eux c'est de nouer des rapports de partenariat avec les firmes transnationales des pays les plus avancés²⁵⁵. Ces relations se sont faites dans la pratique par le biais du mécanisme contractuel²⁵⁶. Ainsi, la convention d'établissement est une forme d'investissement particulier dans les pays d'Afrique de l'ouest : « *Il s'agit, le plus souvent*

fiscalité » dispose dans son article 11 : « *Les mesures d'exonération et d'allègement fiscal dont bénéficient, sans exception, toutes les entreprises agréées comme prioritaires concernent :*

- certains droits et taxes perçus à l'entrée du territoire de la République sur les marchandises et produits importés : droit de douane, droit fiscal d'entrée, taxes forfaitaire représentative de la taxe de transaction,
- certains imports, contributions et taxes frappant les activités intérieures de production ou les transactions, impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux, contribution foncière des propriétés bâties, taxes sur les biens de mainmorte, contribution des patentes, droit d'enregistrement et de timbre, taxe d'extraction des matériaux,
- certains droits et taxes perçus à la sortie du territoire de la République : droit fiscal de sortie, taxe forfaitaire à l'exportation représentative de la taxe de transaction ».

²⁵³Voir République du Niger Loi n°61 du 12 juillet 1961 portant code des investissements (modifiée par la Loi n°63-6 du 1^{er} janvier 1963. L'article 9 « chapitre II « Régime A » dispose : « *les entreprises ou établissements agréés au régime « A » sont exonérées à l'entrée du territoire de la République et pour une durée de dix années des droits de douane et des taxes et des droits fiscaux d'entrée sur le matériel et matériaux machines et outillages indispensables pour la création de ces entreprises* »

²⁵⁴Voir l'article 11 de la Loi Nigérienne n°63-6 du 1-2- 1963 stipule : « *Le rapatriement des bénéfices, des traitements et salaires du personnel étranger, et, après le délai de 3 ans susvisé celui des capitaux investis se feront dans les conditions prévues par la réglementation des changes de la zone Franc* »

²⁵⁵Le rapport entre les firmes transnationales et les États ont toujours étaient des rapports instables juridiquement, complexes économiquement et politiquement étouffants. Dans le contexte actuel de l'économie internationale, leur puissance est réelle et tentaculaire. Le professeur Patrick Juillard note à ce propos l'exemple des firmes Américaines en Amérique latine: « *Aux Etats-Unis, la puissance de certaines sociétés multinationales est en voie de devenir un problème de gouvernement. La gigantesque International Telegraph and Telephone a été mêlée depuis deux ans à divers scandales : on l'accuse même d'avoir comploté au Chili contre le pouvoir du président Allende. Au moment où l'armée prenait le pouvoir à Santiago, les représentants de cinq compagnies multinationales témoignaient à New York devant une commission des Nations-Unies réunie à la demande de M. Waldheim pour enquêter sur la plainte du Chili contre I.T.T* », voir Juillard P., AFDI 1973, chronique de droit international économique « Investissements » pp768-786, p.772

²⁵⁶Voir Sourang (M.), Les contrats entre les États africains et les entreprises étrangères. Contribution à l'étude des conventions d'établissements signés par les pays africains Thèse Université de Bordeaux 1 1980

d'un traité bilatéral qui contient l'énumération des droits- et des limites des droits- reconnus aux étrangers en ce qui concerne l'exercice des professions libérales et commerciales, leur statut en matière sociale ou fiscale, leurs droits acquis, leur participation aux activités de l'Etat(marchés publics, concessions,, autorisations administratives principalement)....L'indépendance des États africains a provoqué la conclusion de nombreux accords d'établissement-souvent de contenu identique- liant la France et les nouveaux États ; dans les relations franco-sénégalaises, on peut citer la convention d'établissement du 22 juin 1960 »²⁵⁷ qui a été l'instrument juridique privilégié de la pratique des investissements étrangers dans les pays de la région ouest africaine.

58. Ces investissements nécessitent de gros volumes de capitaux²⁵⁸, de solides garanties juridiques, une longue période d'installation et sont nécessaires pour l'intérêt général et l'atteinte des objectifs fixés dans le cadre des plans de développement²⁵⁹. Le code des investissements du Dahomey (actuel République du Bénin) dispose de différentes garanties pour cet instrument contractuel. Ainsi son article 29 dispose diverses garanties :

- « a) Garanties de stabilité en matière de commercialisation des produits ;*
- b) Garanties de l'accès de circulation de la main d'œuvre, de liberté de l'emploi, ainsi que le libre choix des fournisseurs et des prestataires de services, dans le respect des principes posés par les articles 5 ,2^e alinéa et 17 ci-avant.*
- c) Garanties concernant le renouvellement des permis d'exploitation forestière et minière.*
- d) Éventuellement modalités d'utilisation des ressources hydrauliques, électriques et autres nécessaires à l'exploitation, ainsi que les modalités d'évacuation des produits jusqu'au lieu d'embarquement et de l'utilisation des installations existantes ou créées par ou pour l'entreprise en ce lieu d'embarquement »²⁶⁰.*

²⁵⁷ Voir Gautron Claude-J., « les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises », AFDI 1968, CNRS, pp.654-670, pp.654-655

²⁵⁸ Voir République du Dahomey la loi N°61-53 du 31 décembre 1961 établissant un code des investissements. Dans le chapitre III-Régime »C », l'article 28 dispose : « Le régime « C » s'adresse aux entreprises très importantes qui nécessitent une longue période d'installation avant de trouver leur rythme normal d'exploitation et dont l'implantation d'un intérêt capital pour le développement économique de la Nation nécessite des mesures exceptionnelles. Ces entreprises passent avec le gouvernement de la République du Dahomey « des conventions d'établissement » dont la durée ne peut excéder 25 années »

²⁵⁹ « Ces priorités sont pour l'essentiel, celles indiquées dans notre III^e plan de développement économique et social le troisième plan de développement économique et social. Pour tenir compte de ces impératifs, le nouveau code proposé renferme des innovations qui sont de nature à promouvoir un rééquilibre de la balance des paiements par un accroissement de nos exportations et des échanges entre les entreprises régulièrement établies au Sénégal ». Voir exposé des motifs de la loi N° 72-42 du 4 juin 1972 instituant un nouveau code des investissements au Sénégal.

²⁶⁰ Voir article 29 de la Loi n°61-53 du 31 décembre 1961 portant Code des investissements du Dahomey. Il est également instauré le régime fiscal stabilisé ». L'article 32 de la même loi en dispose comme suit : « Pendant la période du régime fiscal stabilisé, il est accordé la stabilité des impôts directs tels qu'ils existent à la date d'établissement de la convention, tant dans leur règles d'assiette et dans leur taux que dans leurs modalités de recouvrement.

Le bénéfice de cette disposition peut être étendu aux autres contributions, taxes et droits fiscaux, pour des périodes valables. »

59. Même si rares sont les textes de droit positif que le reconnaissent, l'investissement se faisait, d'une certaine manière, par l'assistance technique et financière. Les conventions d'établissement, mécanisme pratique de la protection des investissements étrangers ont soulevé beaucoup de problèmes sur leur nature juridique²⁶¹. Pour le professeur, Jean Claude Gautron : « Avec l'indépendance du territoire, il n'est plus possible de considérer que les conventions d'établissement sont une catégorie spéciale de contrats administratifs sénégalais ». Il l'assimile à des traités de droit international entre partenaires disposant d'un pied d'égalité pour nouer un partenariat sur le plan économique. Il en parle ainsi : « On pouvait y voir une catégorie particulière de traités internationaux par laquelle, un État et une personne privée étrangère, placés sur un pied d'égalité, s'obligent mutuellement. Puis que traditionnellement, un accord entre un État et une personne étrangère est fondé sur une loi nationale, il fallait admettre dans ce cas, une extension dans le droit international de la qualité de sujet aux personnes privées qui contractent un investissement dans un État étranger »²⁶². Les conventions d'établissement ne sont que l'aval d'un environnement juridique des investissements marqué par la priorisation des secteurs à fort potentiel et des entreprises agréées.

3) Le régime des entreprises et secteurs prioritaires

60. Malgré l'adhésion aux idées progressistes dans les enceintes diplomatiques internationales (Résolutions et instruments juridiques à forte connotation économiques) il faut dire, que dans la pratique, les pays d'Afrique de l'ouest ont fait le jeu de la liberté d'entreprendre et vont jusqu'à prôner la non-discrimination dans les législations internes relatives à la protection des investissements étrangers. Un pays comme la Côte d'Ivoire, qui reste un des pionniers du libéralisme économique postindépendance en Afrique de l'ouest, en atteste beaucoup dans sa législation relative aux investissements étrangers. Beaucoup de pays d'Afrique de l'ouest, compte tenu de la particularité et des avantages comparatifs de leurs économies, détermine dans le régime juridique des investissements étrangers, les catégories d'entreprises prioritaires auxquelles d'immenses facilités sont accordées. Dans le code des investissements de la Côte d'Ivoire, ces entreprises font l'objet d'une énumération dans l'article 2. Ainsi sont réputées prioritaires sur le territoire de la République de Côte d'Ivoire, les catégories d'entreprises ci-après : «

²⁶¹ L'analogie est faite ici avec la pratique de l'agrément en matière d'investissement. Le professeur Philippe Kahn le souligne en évoquant dans certaines lois d'investissement le jumelage de ce « système avec la procédure d'agrément » il s'écrit : « Pourtant, dans certains codes...l'entreprise doit avoir été agréée à un certain régime dit régime de longue durée qui est un régime fiscal particulièrement favorable, avant de pouvoir négocier la convention d'établissement, ce qui permet sans doute un contrôle plus étroit du pays qui reçoit l'investissement ». Il conclut que le « régime de longue durée de la convention est beaucoup plus stable et offre beaucoup plus d'avantages que les régimes liés à une simple procédure d'agrément », Voir Kahn (Ph.) « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », JDI n°1, 1965, pp.338-390, p.359

²⁶² Pour cet auteur « une évolution parallèle peut être faite avec les mécanismes de protection internationale des droits de l'homme (ce qui permet à un individu de saisir directement certains organes internationaux de contrôle). Mais il s'empresse de préciser : « cette analogie est contestable et la référence au droit international public trop large. En l'espèce, l'expérience sénégalaise suggère une solution plus nuancée » Voir Jean Claude Gautron « Les conventions d'établissement conclues par le Sénégal avec des entreprises », AFDI 1968 XIV ed CNRS pp 654-670 p. 667-668

1°) les entreprises immobilières,

2°) les entreprises de cultures industrielles et les industries connexes de préparation (oléagineux, hévéas, canne à sucre, etc....),

3°) les entreprises industrielles de préparation et de transformation mécanique ou chimique des productions végétales et animales locales (café, cacao, oléagineux, hévéas, bois, coton, canne à sucre, etc.....),

4°) les industries de fabrication et de montage des articles et objets de grande consommation (textiles, matériaux de construction, fabrications métalliques, véhicules, outillage et quincaillerie, engrais, produits chimiques et pharmaceutiques, pâtes à papier, papiers, cartons et applications, produits plastiques, etc....)

5°) les industries minières d'extraction, d'enrichissement ou de transformation des substances minérales et les entreprises connexes de manutention et de transport ainsi que les entreprises de recherches pétrolières.

6°) les entreprises de production d'énergie »²⁶³.

61. La notion de priorité est consacrée pour les investisseurs étrangers qui s'implantent avec de grosses mises de départ, c'est-à-dire des investissements ayant un gros impact sur la mise en valeur du pays et l'aménagement à travers la planification. Le droit ivoirien relatif aux IDE dans son article 3 le souligne ainsi : « *Les entreprises appartenant à l'une des catégories ci-dessus pourront par décret pris en conseil des ministres, être agréées comme prioritaires lorsqu'elles remplissent les conditions d'agrément suivantes :*

a) *Concourir à l'exécution des plans de développement économique et social dans des conditions déterminées par le décret d'agrément,*

²⁶³ Voir République de Côte d'Ivoire « Loi N°59-134 du 3-9-1959 déterminant le régime des investissements privés dans la République de Côte d'Ivoire » Titre I « Des entreprises prioritaires » Il y a des similitudes frappantes avec les dispositions de la loi d'un autre pays d'Afrique de l'ouest. Notamment, le Niger où l'article 2 dispose : « *sont déclarées prioritaires les catégories d'entreprises ci-après :- les entreprises de production d'énergie, - les entreprises de prospection, de production d'extraction et de transformation des produits des carrières et des mines : cimenteries, briqueteries, fabriques de chaux, métallurgie, etc....-les entreprises de production d'engrais et d'une manière générale des produits nécessaires à l'agriculture,- les industries de fabrication et de montages d'articles et objets de grande consommation(matériel agricole, matériaux de construction, fabrications métalliques etc.....),-les entreprises de culture et d'élevage industriels et les entreprises de transformation des produits de transformation des produits d'origine végétale ou animale, les entreprises de la pêche , les entreprises immobilières.* » La loi Nigérienne dispose aussi qu'« *A titre exceptionnel et individuel, les entreprises commerciales dont l'objet et la forme d'activité apparaîtraient de nature à valoriser de façon déterminante des productions locales ou à améliorer de façon très sensible l'approvisionnement en biens importés ou à agir favorablement sur le niveau des prix, pourront également être considérées comme prioritaires* ». Voir République du Niger Loi n° 61 du 12 juillet 1961 portant code des investissements du Niger modifiée par la loi n°63-6 du 1^{er} février 1963 Titre I « des entreprises prioritaires ». La loi Nigérienne diffère de la loi Ivoirienne en qu'elle régit le secteur pétrolier à travers une disposition spécifique : « *Les entreprises de recherche, d'exploitation et de transport par canalisation des hydrocarbures liquides ou gazeux demeurent régies par le code pétrolier du Niger* » Alors qu'en Côte d'Ivoire l'Alinéa 5 et 6 aussi bien le secteur des mines et de l'énergie dans le champ de la loi déterminant le régime des investissements privés.

- b) *Effectuer des investissements revêtant une importance particulière pour la mise en valeur du pays,*
- c) *Avoir été créées après le 11 avril 1958 ou avoir entrepris après cette date des extensions importantes mais seulement en ce qui concerne ces extensions »²⁶⁴.*

Il faut dire par ailleurs que compte tenu de plusieurs facteurs, ces textes n'ont pas été d'un apport décisif dans la protection des investissements étrangers en Afrique de l'ouest.

B : Des instruments juridiques limités et ineffectifs

62. Ces lois étaient loin de créer un environnement juridique sécurisant. Il y a des pans entiers du droit des investissements qui n'étaient pas prévus par ces textes ou timidement. (1) Absence de dispositions concernant le régime des changes, (2) La non-allusion aux régimes juridiques des nationalisations-expropriations et (3) la consécration de l'arbitrage comme solution de règlement des différends.

1) Absence de dispositions concernant le régime des changes

63. Le régime des changes (accès, utilisation, détention et échanges de devises en monnaie locale et la monnaie locales en devise étrangère) est une dimension fondamentale dans la protection juridique des investissements étrangers. Cet aspect est tellement important que la plupart des firmes et entreprises n'osent pas s'implanter dans un pays en développement sans une couverture en bonne et due forme des risques non commerciaux²⁶⁵. Et la faiblesse majeure principale des codes des investissements des pays d'Afrique de l'ouest a été l'absence de dispositions relative au change²⁶⁶ hormis la zone Franc CFA²⁶⁷. Il y a une insécurité juridique relative aux systèmes des changes : *« la première de ces limites consiste en l'absence général de dispositions spéciales concernant le régime des changes, qui constitue pourtant un aspect très important du financement des investissements (par exemple : modalités de constitution, de liquidation et de transfert à l'extérieur des revenus et du principal) »²⁶⁸.*

64. Par conséquent, des lois sur les investissements étrangers qui ne prévoient pas le système des changes, les modalités de constitution, de liquidation et de transfert des revenus et du

²⁶⁴ Voir article 2 de ladite loi citée plus haut.

²⁶⁵ La couverture des risques politiques y compris contre les changes en matière d'investissement est une pratique ancienne des pays développés de l'OCDE lorsque leurs entreprises et investisseurs s'implantent dans des pays et environnements jugés particulièrement risqués comme ceux d'Afrique

²⁶⁶ Voir « à l'exception, d'une part de la Côte d'Ivoire et du Dahomey, qui ont annexé à leurs codes des dispositions spéciales très détaillées sur le régime des changes, et d'autre part, des lois du Rwanda et de la Somalie qui prévoient à cet égard des dispositions, les autres codes se contentent de renvoyer à la réglementation des changes, qui est d'ailleurs uniforme pour les EAMA appartenant à la Zone Franc. »

²⁶⁷ C'est une zone monétaire qui regroupe les 8 pays francophones et un pays Lusophone d'Afrique de l'ouest (Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, et le Sénégal). Ces pays ont en commun la monnaie commune le Franc CFA garantie par le Trésor Français à travers un accord monétaire. Ils ont un régime de réglementation des changes uniforme et stable.

²⁶⁸ Voir Doc. Communauté Economique Européenne-Commission Direction générale du développement de l'outre-mer Direction des études de développement. Code des investissements des États africains et malgache associés EAMA, avril 1966, p.-V

principal ne pouvaient être que des instruments incomplets²⁶⁹. Il faut dire que dans la région ouest africaine deux pays francophones font exceptions, la Côte d'Ivoire et le Bénin qui ont détaillés dans leur régime juridique le régime des changes. Ainsi, il est dit dans la loi du Bénin que : « *La république du Bénin, désireuse de voir les investissements privés concourir au développement national, dans le respect de la loi et de l'ordre public, garantit aux entreprises installées ou qui viendraient à s'installer :*

- *dans le cadre de la réglementation des changes, la liberté de transfert des bénéfices régulièrement comptabilisés, et des capitaux réalisés en cas de cession ou de cessation d'entreprise »*²⁷⁰.

Il faut souligner, un aspect et non des moindre, qui prouve d'une certaine manière l'absence de densité normative de ces instruments relatifs aux investissements étrangers. Il s'agit de l'absence de dispositions ou de partie prévoyant l'expropriation (les conditions pour y procéder et les indemnités éventuelles à verser aux victimes).

2) La non allusion aux régimes juridiques des nationalisations-expropriations

65. L'établissement d'un régime législatif et réglementaire des investissements étrangers relève d'un attribut de souveraineté de tout sujet du droit international public. Autrement dit, malgré la querelle sémantique entre avantage post-investissement et pré-investissement²⁷¹, les États conservent toujours leur pouvoir de réglementation et leur décision d'admettre ou de ne pas admettre les investissements étrangers sur l'étendue de son territoire. Sur ce plan, s'il y a pression, il ne peut être que psychologique (dégradation de l'environnement juridique national relatif aux IDE) et non matérielle pour interdire à un pays donné de durcir sa législation ou d'y mettre un contenu et des principes qui feront fuir les investisseurs. C'est la raison pour laquelle, on ne peut comprendre le silence ou l'absence de disposition/ mesures relatives à la nationalisation, d'autant plus que le principe de souveraineté structure la réglementation des investissements directs étrangers. A ce propos, selon le professeur Mohamed A. Bekhesi : « *L'Etat a le droit d'exclure ou d'interdire l'entrée des capitaux étrangers sur son territoire, ou d'y mettre des conditions particulières. La plupart des réglementations refusent*

²⁶⁹ Cela est d'autant plus réel que dans la sous-région ouest africaine, hormis la Zone CFA (qui a un régime de change stable) la plupart des pays (Nigéria, Ghana, Gambie, Libéria et Sierra Leone) ont un régime de change flottant ce qui pose des problèmes de stabilité des transactions en matière d'investissements étrangers.

²⁷⁰ Voir l'article 2 de la Loi N° 61-53 du 31 décembre 1961 établissant un code des investissements du Dahomey « livre premier. Régime de droit commun ». Toutefois, cette loi institue des discriminations positives, dans la mesure l'article 20 dispose : « Dans le cadre de la réglementation des changes, il pourra être réservé aux entreprises agréées, des priorités pour l'octroi de devises »

²⁷¹ Le modèle américain « d'accord d'investissement » préfigure et consacre la notion d'avantage « *pré investissement* ». V. Ayed (Ic.) & Abida (Mo.) *Les nouveaux modèles de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : exemples des modèles américains (2004) et canadiens (2005)* in *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre* Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006 SD de Ferhat Horchani, Ed A. Pedone 2006 pp.139-151

le principe de l'entrée automatique des capitaux étrangers sur le territoire des États hôtes »²⁷².

66. Les pays d'Afrique de l'ouest ont établis des instruments juridiques assez simplistes ne mesurant pas tous les enjeux, évolutions et complexité d'un domaine tel que l'investissement direct étranger. Cependant, le code des investissements du Bénin l'a expressément consacré. Son article 2 « régime de droit commun » prévoit que « *La République du Dahomey, désireuse de voir les investissements privés concourir au développement national, dans le respect de la loi et de l'ordre public, garantit aux entreprises installées ou qui viendraient à s'installer :*

- *Des indemnités équitables, en cas d'expropriations*
- *La non-discrimination entre ressortissants étrangers et nationaux au regard de la loi »²⁷³.*

Le Ghana a prévu dans le *Capital Investments Act* de Kwamé Nkrumah²⁷⁴ puis dans le « *Capital Investments Decree* » de 1973 (NRCD141) qui remplace le code de 1963, contient deux garanties fondamentales de protection des investissements²⁷⁵, soit la garantie d'indemnisation en cas d'expropriation et la garantie de transfert. Ce non référence à certains principes du droit international des investissements étrangers dans les régimes juridiques de protection internes pose problème. Dans la mesure où elle prive les États des prérogatives pour règlementer leurs économies à leurs avantages. Surtout que les avantages offerts et parfois consentis dans les textes ne sont pas souvent suivis d'effet²⁷⁶. Le dernier « manquement » des régimes de protection de l'investissement concerne les modalités d'arbitrage.

²⁷²Bekhechi (A. M.) Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents » In le « droit international au service de la paix, de la justice et du développement ». Mélanges Michel Virally, Paris, éd A. Pedone, 1990 pp. 109-124 p.110-111 511p.

²⁷³Voir l'Assemblée National du Dahomey Loi n° 61-53 du 31 décembre 1961 établissant un code des investissements

²⁷⁴Voir Haberli (Ch.) p.263 op cit.

²⁷⁵L'auteur souligne : « La garantie d'indemnisation consiste d'abord en une promesse de « non-expropriation de principe » de tout investissement agréé (art 11, al.1) Si une expropriation a néanmoins lieu (« in exceptional circumstances » et « in the public interest »), le gouvernement paiera une indemnisation appropriée (« adequate compensation ») à l'investisseur expropriée » cité par Haberli Ch pp263-264.

²⁷⁶Sur ce point voir Haberli (Ch), cet auteur souligne ce déséquilibre manifeste en affirmant : « *Les codes traditionnels, reflétant encore largement une idéologie libérale d'inspiration occidentale, n'ont pas produit, dans la plupart des cas, les résultats escomptés ; nous avons démontré non seulement les limites de l'utilité marginale des avantages financiers extraordinaires, mais nous avons également contesté l'opportunité de certaines clauses juridiques, notamment celle des garanties de stabilisation du système légal ou fiscal* ». Il poursuit « *Se rendant compte de l'inefficacité, voire de la contre-performance de leurs codes, la grande majorité des gouvernements africains ont modifié leurs attitudes de « bras ouverts » qui, en fait, ne conduisirent qu'à une situation de concurrence destructive entre les pays du continent. En ce qui concerne le Ghana, nous avons constaté que le code le plus « libéral » n'a pas conduit à une augmentation des investissements* » Haberli(CH) « *Les investissements étrangers en Afrique Avec des études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana* », Paris, éd LGDJ, 1979 p.295, 327p.

3) Consécration abusive de l'arbitrage comme unique solution de règlement des différends

67. Les pays d'Afrique, malgré une volonté de stabilité, d'amélioration des textes législatifs et réglementaires et de sécurité juridique et judiciaire, sont toujours considérés par la communauté des investisseurs comme des pays offrant un cadre juridique non sécurisant particulièrement le système judiciaire interne. C'est la raison pour laquelle, ces pays ne pouvaient espérer accueillir les investissements directs étrangers qu'en leur offrant un « privilège » de juridiction en l'espèce l'arbitrage²⁷⁷. Ces pays s'inscrivent par conséquent dans cette dynamique arbitrale qui leur permet de sécuriser leur environnement juridique. Cependant, une chose est de rendre le cadre juridique plus attractif (y compris par l'arbitrage) un autre est de le faire en prenant toutes les précautions. Dans ces textes, les règles relatives à l'interprétation, l'application et l'éventualité des indemnités en cas de litige sont réglées par voie d'arbitrage. En effet, les textes ne font aucunement allusion à la notion (pourtant consacrée dans certaines lois relatives aux IDE) et en droit international « d'épuisement des voies de recours internes ». Dans pratiquement tous les codes des investissements des pays d'Afrique de l'ouest, il y est mentionné, avec des nuances qui n'enlèvent en rien la similitude et le contenu des codes, les phrases suivantes :

«Le règlement des litiges relatifs à la validité à l'interprétation ou à l'application des clauses du contrat ou de la convention prévue aux chapitres 2 et 3 du Titre II et à la détermination éventuelle de l'indemnité due pour la méconnaissance des engagements pris feront l'objet d'une procédure d'arbitrage dont les modalités seront fixées par chaque contrat ou convention et qui comprendra obligatoirement les dispositions suivantes :

-désignation d'un arbitre par chacune des parties,

-désignation d'un troisième arbitre d'accord partie ou à défaut d'une autorité hautement qualifiée, qui sera désignée par la convention et qui pourra être la plus haute instance judiciaire de la nation de l'investisseur.

- caractère définitif et exécutoire de la sentence rendue à la majorité des arbitres maîtres de leur procédure et statuant en équité. Cette sentence devra être revêtue de l'ordonnance exécutoire »²⁷⁸.

²⁷⁷ Dans les pays du Sud en général et l'Afrique de l'ouest en particulier, l'arbitrage ad hoc et institutionnel est considéré comme un mécanisme de règlement des différends à la fois sécurisant et plus adapté au monde des affaires. D'ailleurs dans les codes d'investissement des EAMA la plupart des dispositions concernant les méthodes de règlement des différends se rejoignent de par la similitude de leur rédaction. L'article 21 du code du Niger dispose : « Les différends relatifs à l'exécution d'une Convention d'établissement et la détermination éventuelle de l'indemnité due pour une méconnaissance des engagements pris, seront réglés suivant la procédure d'arbitrage....c) décision rendue à la majorité des arbitres statuant en équité, la sentence arbitrale étant réputée définitive et immédiatement exécutoire » Voir République du Niger Loi n°61 du 12 juillet 1961 portant code des investissements du Niger(modifiée par la loi n°63-6 du 1^{er} février 1963

²⁷⁸ Voir République Dahomey Assemblée Nationale Loi 61.53 du 31 décembre 1961 établissant un code des investissements « chapitre IV-Procédure d'arbitrage » art.38

Conclusion du chapitre 1 :

68. La protection des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest revêt une caractéristique particulière tout au long de l'évolution des relations économiques internationales. En effet, contrairement aux autres pays du Sud et en développement qui ont eu une réaction plus ou moins hostile aux capitaux extérieurs (en affirmant la toute-puissance de leur souveraineté), les pays ouest africains ont eu un comportement dénué de tout fondement idéologique en matière d'investissements étrangers. En effet, ces pays ont eu des réglementations²⁷⁹ postindépendances très libérales en acceptant de recevoir les capitaux, la technologie et le savoir-faire extérieurs pour amorcer leur développement. Le marqueur des « idées progressistes » dans les instruments juridiques internes (codes miniers, pétroliers et des investissements) est dû à l'adhésion aux instruments non contraignants élaborés par les Nations-Unies pour plus de souveraineté des pays en développement vis-à-vis de leurs partenaires des pays développés et exportateurs de capitaux. Ainsi, profitant de la diplomatie de tribune à l'ONU, ces pays d'Afrique de l'ouest dénoncent l'iniquité du système économique international et par conséquent les règles du droit international des investissements étrangers qui profitent avant tout aux pays industrialisés du Nord. C'est dans ce contexte que les règles de protection des investissements étrangers dans ces pays d'Afrique profitent avant tout au capital et firmes étrangers implantant en Afrique de l'ouest.

69. La protection des investissements étrangers telle qu'elle s'est déroulée dans cette partie du continent a évolué dans un dilemme. Initialement, la préoccupation des règles établies par les États se voulaient de protéger les investissements et les investisseurs et apporter des correctifs aux injustices économiques et le déséquilibre en faveur du capital étranger implanté dans ces pays. L'idéal des investissements étrangers respectueux de l'environnement local, transférant la technologie, payant l'impôt et la taxe pour les Trésors publics locaux et créant des emplois décents dans les pays d'implantation fut un vœu pieux. C'est la raison pour laquelle, ces pays furent obligés d'adapter les réglementations dans le sens d'un toilettage profondément pragmatique. Ce qui les a poussés à adhérer très tôt aux instruments universels sectoriels (la garantie contre les risques non-commerciaux et l'arbitrage Etat-Investisseurs) de protection des investissements directs étrangers.

²⁷⁹En effet, dans les pays d'Afrique de l'ouest, le postulat idéologique en matière d'accueil et de protection des investissements étrangers est moins marqué comparé à d'autres régions du monde en développement. Ces pays ont toujours joué le rôle consistant à réserver aux capitaux étrangers toute la sécurité juridique requise. Le « pragmatisme idéologique » a toujours prévalu et prévaut encore en ce qui concerne le rôle que les investisseurs doivent jouer dans le développement. Ceci à travers la mise en place d'un cadre juridique (contrats d'investissement, code des investissements et sectoriels et Traités bilatéraux, régionaux d'investissement généraux et sectoriels).

Chapitre 2 : Le pragmatisme pour la protection : l'adhésion aux instruments universels de protection des investissements étrangers

70. L'investissement direct étranger est sans doute un domaine à part dans les différentes branches du droit international général : *« S'appuyant sur un réseau très dense de normes internationales servies par une jurisprudence arbitrale très riche et en constante expansion, il est sans doute l'une des matières les plus dynamiques du droit international contemporain »*²⁸⁰. En effet, dans ce domaine, il n'y a rien d'acquis. Le comportement des acteurs est souvent changeant et évolutif. Ce sont les mêmes pays d'Afrique de l'ouest qui ont adhéré aux normes et principes très progressistes relatifs au nouvel ordre économique international. Ce sont aussi ces derniers qui ont signés et ratifiés les conventions sectorielles pertinentes préparées par la Banque Internationale pour la reconstruction et de développement (BIRD) plus connue sous le nom de la Banque Mondiale. Ces conventions, qui sont à l'antipode des normes progressistes, voire révolutionnaire du nouvel ordre économique international, sont ultralibérales. Elles prônent la liberté des investissements (par la *garantie*²⁸¹) et la liberté du système de règlement des différends (par la justice privée en l'espèce *l'arbitrage Etat-investisseur*²⁸²). L'un des grands mérites de la Banque Mondiale aura été de *« dépolitiser »* la pratique d'investissement. Selon Paul Reuter : *« jamais il n'est apparu plus clairement que de nos jours le développement des modes de solution des différends doit s'opérer dans la confiance et la pleine liberté de ceux qui, dans les relations internationales, y recourent »*²⁸³. Alors que le traité portant création de l'AMGI, dans le même sillage de la Convention du CIRDI du 18 mars 1965, soulignait dans son préambule

²⁸⁰ Voir De Nanteuil (A.) Droit international des investissements, Paris, Ed. A. Pedone, 2014 p. 5

²⁸¹ A travers l'instauration de la Convention portant création de l'AMGI conclue à Séoul (Corée du Sud) le 11 octobre 1985 dont le préambule souligne avec force : *« Convaincu de l'importance du rôle que pourrait jouer dans la promotion des investissements étrangers une Agence Multilatérale de Garantie des Investissements dont l'action viendrait s'ajouter à celle des organismes nationaux et régionaux de garantie des investissements et des assureurs privés contre les risques non commerciaux »*

²⁸² L'avènement de la Convention du 18 mars portant création du CIRDI est important à double titre : d'abord sur le plan international, c'est la première fois qu'une structure internationale s'occupant exclusivement du règlement des différends Etats/ investisseurs voit le jour dans un contexte assez hostile, ensuite, il y a la reconnaissance d'une personnalité à l'investisseur international qui a maintenu le droit de « saisine » unilatérale du tribunal CIRDI en vue du règlement d'un litige éventuel. Le CIRDI (dont par ailleurs, l'activité en matière de régulation des investissements et de production jurisprudentielle s'est considérablement renforcée et étoffée) est devenue une institution incontournable dans le paysage du règlement des différends États et investisseurs étrangers. Cette nécessité de la liberté d'investissement est posée par le Préambule de la Convention de Washington du 18 mars 1965 qui souligne : *« Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investisseurs privés internationaux ; Attachant une importance particulière à la création de mécanisme pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les États contractants puissent, s'ils le désirent, soumettre leurs différends ...Reconnaissant que le consentement des mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée »*

²⁸³ Voir Reuter(P) « Réflexions sur la compétence du centre créé par la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et Ressortissants d'autres États » in Credimi de Dijon « Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées » La convention du 18 mars 1965 Paris, éd A. Pedone, 1969 pp 9-24 p.9, 195p.

« la nécessité de renforcer la coopération pour le développement économique et le rôle joué dans ces deux domaines par les investissements internationaux »²⁸⁴

71. L'objet de ces deux instruments juridiques internationaux est de remédier à l'insécurité politique et judiciaire dont fait l'objet l'investissement étranger dans les pays du Sud en général et africain en particulier. Pour le professeur Mohamed Bennouna : *« Il s'agit là de la position de principe des pays en développement qu'ils n'ont pas, jusqu'à présent, traduite dans un cadre juridique contraignant et général, du fait de l'opposition des États industrialisés à économie de marché. Ces derniers continuent à exercer de multiples pressions pour soustraire les investissements de leurs ressortissants au droit et aux juridictions du pays d'accueil et leur assurer des privilèges susceptibles de les inciter à s'expatrier »²⁸⁵*. L'insécurité se manifeste par l'inexistence de système nationaux²⁸⁶ et régionaux²⁸⁷ de garantie des investissements étrangers, mais aussi l'inexistence de systèmes nationaux²⁸⁸ et jusque récemment régionaux²⁸⁹ d'arbitrage relatif à l'investissement étranger. L'investissement étranger, du fait de la méfiance et de la précarité sécuritaire dans ces pays, est conditionné à un climat de confiance et un environnement institutionnel, politique et

²⁸⁴Voir les deux préambules. Celui de la Convention de Washington du 18 Mars 1965 portant CIRDI et celui de Séoul du 11 octobre 1985 portant AMGI

²⁸⁵Voir Bennouna (Mo.) *« Droit international du développement Tiers monde et interpellation du droit international »*, Ed Berger-Levrault, Paris, 1983, 335 p. p. 236

²⁸⁶L'investissement à l'étranger suppose toujours (comme le font les pays développés) la mise sur pied d'une structure d'accompagnement des grandes entreprises et des PME à l'étranger de façon à les prémunir en leur octroyant une garantie contre les risques politiques. C'est une pratique de « pays riches exportateurs » Aucun pays d'Afrique ne s'est doté d'une Agence de Garantie pour des pays- essentiellement receveurs d'IDE-.

²⁸⁷Dans le cas régional, il y a une originalité, dans les pays en développement, notamment le monde arabe où une Convention dénommée *« Compagnie Interarabe pour la garantie de l'investissement entrée en vigueur le 30 Juin 1975 »*. Cette Compagnie qui a son siège au Koweït City garantit les risques non-commerciaux susceptibles de se produire dans les investissements intra-arabe (art 18 de la Convention), L'Afrique de l'Ouest n'a pas une Compagnie ou structure régionale pour garantir les investissements intra-ouest africains. Toutefois, il y a un projet bien dans ce sens dont les études de faisabilité sont finies

²⁸⁸Il existe des Chambres nationales d'arbitrage dans certains pays d'Afrique de l'ouest pour trancher les litiges et jouer à la médiation et conciliation entre les acteurs et opérateurs économiques. Toutefois, ce n'est pas comparé dans les pays de l'OCDE, où certaines Chambre d'arbitrage ont des réputations dépassant les frontières nationales. L'exemple de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce de Paris, l'Institut d'arbitrage de Stockholm en Suède et la Cour d'arbitrage de Londres. Il y a en Afrique de l'ouest des pays comme le Sénégal qui tente de mettre sur pied un « centre d'arbitrage » dont le *Décret n°98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et à l'arbitrage international* stipule son rapport de présentation : *« De nos jours, les réformes économiques structurelles conduisent de plus en plus les États à s'employer à moderniser leurs systèmes juridiques. Il est en effet devenu impérieux pour tout État de se doter du cadre juridique d'une économie de marché ouverte et compétitive par la mise au point de modes efficaces de prévention et de règlement des différends commerciaux »*

Pour atteindre cet objectif, et tenant compte des besoins spécifiques des activités économiques, une place importante doit être faite à l'instauration des modes de règlement extrajudiciaires des différends, notamment l'arbitrage. L'intérêt qu'on lui porte aujourd'hui ne cesse de s'accroître et se justifie par le fait qu'il peut permettre l'obtention d'une solution dans des conditions qui paraissent meilleures aux parties : le litige sera résolu plus rapidement, de manière plus économique, selon une procédure moins rigide et par des personnes ayant leur confiance ou possédant des connaissances techniques dans des domaines spécialisés ». Voir Journal Officiel de la République du Sénégal 25 juillet 1998, p. 486

²⁸⁹Dans le cadre interrégional en Afrique francophone, il y a une nouveauté en matière de sécurisation juridique des affaires. Notamment, le traité de Port Louis (Ile Maurice) en 1993 harmonisant le droit des affaires à travers l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires(OHADA). Ce Traité a mis sur pied une institution régionale d'arbitrage : l'acte uniforme du 11 mars 1999 portant règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA dont le siège est à Abidjan (Côte d'Ivoire)

judiciaire favorable. Ces pays d'Afrique de l'ouest ne pouvaient qu'avoir une démarche volontaire de pleine adhésion à ces deux mécanismes internationaux sectoriels de protection (garantie et d'arbitrage) sur le plan international. C'est ce qui a justifié l'adhésion à la Convention de Washington portant création du CIRDI du 18 mars 1965(section 1) et l'instrument international de garantie contre les risques politiques qu'est l'Agence Multilatérale de Garantie des investissements AMGI (section 2)

Section 1 : L'adhésion à la convention CIRDI du 18 mars 1965 créant l'arbitrage d'investissement internationalisé

72. La Convention de Washington du 18 mars 1965, contrairement à la doctrine internationaliste²⁹⁰, aux textes bilatéraux²⁹¹ et à certains instruments juridiques internationaux²⁹², n'a pas procédé à la définition de la notion d'investissement. Sur ce point, elle a adoptée une démarche très libérale, laissant l'initiative aux acteurs directs concernés et les objectifs économiques poursuivis par eux. Dans ce domaine, les parties sont les maîtres en jeu en établissant clairement les domaines, secteurs qui relèvent de l'investissement ou non. Le professeur Emmanuel Gaillard, dans l'affaire *CSOB c. République Slovaque* rendue le 24 mai 1999, note la remarque du tribunal à propos du rapport des administrateurs de la Banque Mondiale sur la non définition du concept d'investissement dans cette convention : « *Cette formule signifie également que le concept d'investissement doit être interprété largement parce que les rédacteurs de la convention n'ont pas imposé de restriction à sa signification. Une interprétation libérale de la question de savoir si une opération donnée constitue un investissement trouve également un appui dans le premier paragraphe du préambule de la*

²⁹⁰ Cité les professeurs Carreau et Julliard, dans la classique Droit internationale économique dernière édition 5^e éd Dalloz 2013 ont toujours défini le concept d'investissement comme « *un apport en capital ou en numéraire, ayant une durée d'exécution et présentant un risque* », Pour aller loin voir spécialement Douglas Z., « *The international Law of investment claims* », Cambridge, éd. Cambridge university press, 2009 ; Leben Charles Sd « *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational* », Paris, éd. A. Pedone, 2016

²⁹¹ Le modèle français de TBI adopte une définition extensive des investissements couverts. Elle « *couvre l'ensemble des biens meubles et immeubles ; les actions, primes et autres formes de participation... ; les obligations, créances et droits...les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles... ; les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat...* », Voir Ghérari. (H.) Documents d'études n°3.12 la documentation française, Principales dispositions des accords de protection et d'encouragement réciproques des investissements 2013 précité, p.38

²⁹² Modèle de l'OCDE, le définit ainsi Investissements directs désignent : « *Investissements effectués en vue d'établir des liens économiques durables avec une entreprise, tels que, notamment, les investissements qui donnent la possibilité d'exercer une influence réelle sur la gestion de ladite entreprise* :

A) *Dans le pays considéré par des non-résidents au moyen :*

1. *De la création ou de l'extension d'une entreprise, d'une filiale ou d'une succursale appartenant exclusivement au bailleur de fonds, de l'acquisition intégrale d'une entreprise existante ;*

2. *D'une participation à une entreprise nouvelle ou existante ;*

3 *D'un prêt de cinq ans ou plus.*

B) *A l'étranger par des résidents au moyen :*

1. *de la création ou de l'extension d'une entreprise, d'une filiale ou d'une succursale appartenant exclusivement au bailleur de fonds, de l'acquisition intégrale d'une entreprise existante ;*

2. *d'une participation à une entreprise nouvelle ou existante ;*

3. *d'un prêt à cinq ans ou plus* », Voir OCDE « *Code de libération des mouvements de capitaux de l'OCDE(1961)* », Annexe A : listes de libération des mouvements de capitaux

Convention, déclarant que « les États contractants (prennent en considération) la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ». Il est permis de déduire de cette affirmation qu'une opération internationale qui contribue à une coopération destinée à encourager le développement économique d'un État contractant peut être considérée comme un investissement au sens que ce terme revêt dans la convention »²⁹³. Les pays d'Afrique de l'ouest ont été (pour avoir été parmi les premiers signataires de la Convention) les témoins du mouvement de développement spectaculaire de la légitimité au fil des années de l'arbitrage Etat-investisseur, mais aussi et surtout de la jurisprudence prodigieuse du CIRDI en matière et sur le plan du développement²⁹⁴. Cela se traduit doublement par l'acceptation sans réserve de la Convention de Washington relative au CIRDI (§1), mais aussi une considération néanmoins méfiante envers le mécanisme d'arbitrage comme solution de règlement des différends d'investissements (§2).

O- Paragraphe 1 : L'acceptation sans réserve de la convention de Washington créant le CIRDI

73. Les pays d'Afrique de l'ouest, pour des raisons sécuritaires au plan juridique ont été les premiers à adhérer à la convention de Washington consacrant l'arbitrage institutionnel. Ce sont des pays parmi les premiers signataires du traité CIRDI (A). L'arbitrage est un mécanisme *sine qua non* pour accueillir les investissements étrangers (B).

A : Des pays parmi les premiers États contractants de la convention

74. L'étude de la Convention de l'arbitrage CIRDI montre un comportement étrange des pays d'Afrique de l'ouest vis-à-vis de cet instrument (1). Ce qui tranche avec le comportement d'autres pays en développement (2)

²⁹³ *Décision du 24 mai 1999 affaire CSOB c. République Tchèque* cité par Gaillard (E.) « Reconnaitre ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI » in *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard* Cahiers internationaux n°21 CERDIN Ed A. Pedone-Paris-2009 pp 17-32 p.22 ,268p.

²⁹⁴ L'investissement qui est un concept économique avant de l'être au plan juridique est défini à travers trois facteurs : un apport (nature ou capital), ayant une certaine durée (facteur temporel) et présentant un certain risque pour l'investisseur. La jurisprudence arbitrale CIRDI, reprenant le préambule de la Convention de Washington- « Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux », y ajoute à travers la Sentence *Salini Costruttori c/Maroc*, 23 juillet 2001(ARB/00/4) un quatrième critère « une contribution positive au développement de l'Etat d'accueil ». Cette décision n'a été que le début des errements jurisprudentiels du CIRDI relatif couple Investissement= développement à travers la décision *LESI DIPENDA c/Algérie* Sentence 10 décembre 2005 et *Astaldi S.p.A c Algérie* 2006 où le Tribunal a rejeté ce critère de « contribution au développement de l'Etat d'accueil » conçu comme étant englobé traditionnellement dans les trois historiques(Apport en capital en capital ou en numéraire-critère financier-, présentant une certaine durée-critère temporel- et présentant un certain risque pour l'investisseur –critère politique). Les controverses liées à l'intégration ou non de ce quatrième critères ont fait l'objet de tant de controverses pour des auteurs et arbitres qui s'intéressent à cette matière si mouvante, volatile et évolutive qu'est le droit international des investissements étrangers. Pour certains auteurs comme *Christophe Schreuer et George Delaume* « la contribution au développement de l'Etat d'accueil participe de l'investissement, soit en tant que critère, soit encore en tant que caractéristique. Un autre courant comprenant notamment *Ibrahim Fadlallah et Sebastien Manciaux* lui refuse toute contribution à la satisfaction de la condition d'investissement ». Voir *Dieudonné Edouard Onguene Onana* « La compétence en arbitrage international relatif aux investissements Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI », Ed. Bruylant, 2012, P.283

75. Ici, il convient d'analyser le comportement pour le moins étrange des pays d'Afrique de l'ouest envers la convention de Washington (1). Ce qui contraste avec d'autres pays en développement dans d'autres régions du monde (2).

1) Le comportement étrange de l'Afrique de l'ouest envers la convention CIRDI

76. Dès le début de la convention créant le CIRDI, les pays d'Afrique de l'ouest ont été séduits par ce mode particulier de règlement des différends. Contrairement à une idée généralement reçue, les pays d'Afrique de l'ouest ont été parmi les premiers à signer et ratifier la convention de Washington.

Tableau 1 : Les États d'Afrique de l'ouest contractants de la Convention du CIRDI de 1965

Etats Contractants convention CIRDI d'Afrique de l'ouest	Date de la signature	Date d'entrée en vigueur
Bénin	10 septembre 1965	14 octobre 1966
Burkina Faso	16 septembre 1965	14 octobre 1966
Cap Vert	20 décembre 2010	26 janvier 2011
Cote d'Ivoire	30 juin 1965	14 octobre 1966
Gambie	1 ^{er} octobre 1974	26 janvier 1974
Ghana	26 novembre 1965	14 octobre 1966
Rép. Populaire de Guinée	27 août 1968	4 décembre 1968
Guinée-Bissau	4 septembre 1991	
Libéria	3 septembre 1965	16 juillet 1970
Mali	9 avril 1976	2 février 1978
Niger	23 août 1965	14 décembre 1966
Nigéria	13 juillet 1965	14 octobre 1966
Sénégal	26 septembre 1966	21 mai 1967
Sierra Leone	27 septembre 1965	14 octobre 1966
Togo	24 janvier 1966	10 septembre 1967

Source : La documentation Française Document d'études N° 3.12 Droit International Économique-Vol.2 Octobre 2013 Documents réunis et commentés par Habib Ghérari p.60

77. Comme on le voit sur le tableau 1, anticipant les nationalisations et expropriations d'investissements étrangers intervenues ailleurs, les pays d'Afrique de l'ouest ont adhéré massivement et immédiatement à la convention de Washington créant l'arbitrage institutionnel Etats-Investisseur. Les pays d'Afrique de l'Ouest ont intériorisé le préambule de la Convention de 1965 : « *Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux.* »²⁹⁵. L'initiative de la Banque Mondiale (BIRD) a été accueillie avec enthousiasme par des États dans le besoin en matière de développement et le rôle que l'investissement étranger peut y jouer. De la signature du traité le 18 mars 1965 à son entrée

²⁹⁵ Voir Préambule Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Doc. CIRDI/2, précité.

en vigueur le 14 octobre 1966, cinq pays d'Afrique de l'ouest ont déposé leurs instruments de ratification. Il s'agit du Bénin (le 14 octobre 1966), du Burkina Faso (14 octobre 1966), de la Côte d'Ivoire (14 octobre 1966), du Ghana (14 octobre 1966), du Nigéria (14 octobre 1966) et de la Sierra Léone (14 octobre 1966). Ces six pays ont été parmi les pionniers de la première vague. La deuxième vague d'adhésion est le fait de pays qui ont signé dès le début de l'instrument conventionnel, mais ont tardé à procéder à la ratification. Ces pays se composent : du Niger (signature le 23 août 1965 entrée en vigueur le 14 décembre 1966), du Sénégal (signature du 26 septembre 1966 et entrée en vigueur 21 mai 1967), du Libéria (signature 3 septembre 1965 entrée en vigueur le 16 juillet 1970), de la Guinée le 27 août 1968 et entrée en vigueur 4 décembre 1968, du Togo (signature le 24 janvier 1966 et entrée en vigueur le 10 septembre 1967) et du Mali (signature le 9 avril 1965 et entrée en vigueur le 2 février 1976). Et la dernière vague qui est la « vague tardive » est constituée de deux pays Lusophones : Il s'agit de la Guinée Bissau (signature le 4 septembre 1991 et entrée en vigueur ?) et les Iles du Cap-Vert (le 20 décembre 2010 et entrée en vigueur le 26 janvier 2011). Si les pays d'Afrique de l'ouest ont joué le rôle du droit international de la protection des investissements étrangers, c'est que l'aspect sécurité juridique et judiciaire est important dans leur contexte, mais surtout cela est dû vraisemblablement du rôle que joue la BIRD (Banque Mondiale et ses différentes filiales dans les prêts sectoriels et comme instrument principal de financement du développement)²⁹⁶.

78. Le professeur Philippe Kahn montre et remarque très tôt une volonté d'adhésion qu'avec ce mode de règlement des différends qu'est l'arbitrage. A ce propos, il note : « *Dans les codes d'investissement, la reconnaissance du caractère arbitral du différend est généralement très étendue.* ». Il cite à propos, en guise de comparaison avec d'autres pays d'Afrique de l'ouest et du centre, l'article 31 du Code du Cameroun. Ce dernier dispose : « *Le règlement des litiges relatifs à la validité, à l'interprétation ou à l'application des clauses de la convention prévues aux sections 3 et 4 du titre II et à la détermination éventuelle de l'indemnité due pour la reconnaissance des engagements pris, fera l'objet d'une procédure d'arbitrage...* »²⁹⁷. Par conséquent, l'acceptation et le choix de l'arbitrage comme mode de règlement des différends ont été dès le début incorporés dans les dispositions internes et ont fait l'objet d'une adhésion aux conventions sectorielles. Ce qui n'est pas le cas dans d'autres pays et régions du monde en développement.

2) La position différente d'autres pays en développement envers la convention

²⁹⁶ Ces pays ne pouvaient pas faire autrement au risque d'annihiler le soutien de la « puissante » Institution de Washington. Le groupe de la BIRD (Banque mondiale financeur de projets de développement à travers ses prêts ; la SFI instrument de la Banque pour la promotion du secteur privé à travers les investissements dans les pays en développement, AID prêts à taux zéro et dons envers les PMA ; CIRDI règlement des litiges relatifs à l'investissement par la conciliation et l'arbitrage ; l'AMGI garantie les investissements contre les risques politiques). Comme on le voit, le Groupe de la Banque est très présente dans tous le processus de développement et du financement de celui-ci dans les pays d'Afrique de l'ouest. Raison pour laquelle, ces derniers adhèrent toujours (plus vite que d'autres) aux conventions négociées au sein de cette Organisation Internationale. Voir « *Guide de la Banque Mondiale* », éd. De Boeck Supérieur, 2005, 248 p. spécia pp.6-31

²⁹⁷ Kahn (Ph) « *Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française* » in JDI N° 1 janvier-Fév. Mars 1965, Paris Ed 1964 pp 338-390, pp. 375-376

79. L'arbitrage,²⁹⁸ souvent perçu par certaines Organisations économiques Internationales et la communauté des affaires dans les pays développés, comme un instrument juridique commode et souple de règlement des différends, n'a pas toujours fait l'unanimité. Ceci est dû à la persistance et à la survivance de certaines attitudes envers l'arbitrage et généralement les règles liées à l'investissement étranger. Un auteur l'explique en des termes éloquents et forts parlant :

« L'élément clé est ici l'affirmation de la souveraineté nationale s'opposant aux entreprises multinationales. Cette vision et l'exposé du droit international des investissements qui s'ensuit formaient, et forment encore, le point de vue prédominant de la génération, désormais vieillissante, des avocats internationaux du Tiers-monde, et de ces jeunes spécialistes et étudiants influencés par leurs cours et non encore familiers des changements survenus dans l'économie mondiale et de leur interprétation. A l'opposé de cette vision « tiers-mondiste » on trouve celle développée par les fonctionnaires des organisations internationales économiques et les avocats internationaux « de l'ouest », liés aux ministères des affaires extérieurs et de l'économie »²⁹⁹.

80. Si dans les pays développés de l'OCDE c'est une méthode de règlement des différends usuels, il n'en est pas toujours de même dans certains pays en développement³⁰⁰. La convention CIRDI, essentiellement procédurale, est conçue comme *« attachant une importance particulière à la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux auxquels les États contractants et les autres d'autres États contractants puissent, s'ils le désirent, soumettre leurs différends »*³⁰¹. Autrement dit, conçue comme un moyen d'« introduire » l'investisseur étranger comme acteur nouveau de la saisine dans les différends relatifs aux investissements étrangers, il faut dire que la Convention de Washington du 26 mars 1965 a fait l'objet d'appréciations diverses. En effet, il y a des pays, à l'instar de pays avancés ou il ne se pose pas de façon particulière la précarité dans le régime juridique de

²⁹⁸ L'avènement du CIRDI a complétement bouleversé le paysage juridique international de règlement des différends relatifs aux investissements étrangers. Cet arbitrage Institutionnel a neutralisé la mainmise des juridictions étatiques (obsolescence du traditionnel épuisement des voies de recours internes au niveau des pays receveurs d'investissement) et de la protection diplomatique jadis pratiquée par les pays exportateurs de capitaux en vue d'assister et de protéger leurs ressortissants ayant des activités et biens économiques à l'étranger. L'auteur émérite, le professeur Philippe Kahn le résume ainsi, en parlant de l'avènement du CIRDI, : *« La conclusion de cette convention, dont le plein effet ne se fait sentir que depuis quelques années, a marqué une date capitale dans l'évolution du droit des investissements internationaux car, par le canal d'un instrument relevant du droit international, des personnes privées, appartenant à la société civile, ont obtenu l'accès à égalité avec les États à une juridiction de statut international même s'il ne s'agit que d'une juridiction arbitrale. »*, Voir Kahn (Ph.) Cours à l'académie de droit international de la Haye, 2004 *« Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux »*, Académie de droit international de la Haye, 2006, pp.20-21

²⁹⁹ Voir Walde W. (Th.) *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Cours et travaux n°2 de Paris II Assas IHEI, Paris, Ed. A. Pedone, 2004, pp.8-9

³⁰⁰ Les pays ouest africains ont tous signés et ratifiés la Convention du 18 mars 1965 établissant le CIRDI et consacrant l'arbitrage comme mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements internationaux. Le comportement des pays d'Afrique de l'ouest ne fait pas l'unanimité. Les pays d'Amérique Latine ont tardivement signés et ratifiés la Convention de Washington. Le plus grand pays de l'Amérique latine (les Etats-Unis du Brésil ne l'ont jamais signés).

³⁰¹ Voir Préambule de la Convention de Washington du 26 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres Etats.

protection de l'investissement étranger, qui ont signés et ratifiés cet instrument³⁰². Ensuite, il y a des pays qui ont signés et ratifiés tardivement cette convention³⁰³. Et enfin, il y a des pays, particulièrement ceux d'Amérique Latine, traditionnellement très méfiants vis-à-vis de certains mécanismes et instruments du droit international qui l'ont ratifié très tardivement³⁰⁴ aussi.

81. En outre, un autre comportement qui différencie les pays d'Afrique de l'ouest, c'est que certains de ces pays d'Amérique Latine depuis quelques temps dénoncent et se retirent en bonne et due forme de la Convention de Washington du fait de l'unilatéralisme de la protection, de la partialité de la Convention envers l'investisseur et surtout, de façon générale, la dénonciation de la Banque Mondiale comme le prolongement des politiques néolibérales jugées injustes et impérialistes. Julien Cazala résume ainsi ce processus de délégitimation de l'arbitrage CIRDI par certains pays Latino-Américains : « *Des critiques très vives furent dirigées contre le CIRDI lors du sommet d'avril 2007 de l'Alternativa Bolivariana para los Pueblos de nuestra America (ALBA) au cours duquel le Venezuela, la Bolivie, l'Équateur et plusieurs autres États du continent latino-américain exposèrent leur intention de dénoncer la Convention. Ces déclarations et leur réalisation ne constituent qu'un des aspects d'un mouvement plus large de rejet du droit international des investissements tel qu'il s'est progressivement développé. Les critiques contre le CIRDI rejoignent des marques anciennes d'hostilité à la Banque Mondiale, au Fonds Monétaire International ou à l'Organisation mondiale du commerce perçue comme des institutions « antidémocratiques » méprisant la souveraineté des États, et accusés de prôner l'exclusivité d'un modèle de société néolibérale* »³⁰⁵.

³⁰² A l'instar des pays développés et exportateurs de capitaux qui l'ont considéré comme un instrument de protection des capitaux de leurs ressortissants dans les pays d'Afrique, d'Asie et d'Amérique latine. Voir Ghérari (H.) Documents d'études n°3.12 documentation française précité, pp. 60-61

³⁰³ Il y a une variété de pays qui sont dans ce cas (les pays de l'ancien bloc communiste de l'est européen, certains pays en développement d'Asie, d'Amérique latine et d'Afrique, Voir Ghérari (H.) précité pp 60-61

³⁰⁴ Ces pays ont initialement boudé la Convention de Washington, l'auteur Marocain Mohamed Bennouna a résumé cette situation en ces termes : « *On peut relever la participation des États membres de l'OCDE, de la grande majorité des pays africains (au nombre de trente-six) et d'un certain nombre de pays asiatiques. Par contre les États latino-américains, qui ont souffert des interventions extérieures, sous prétexte de protection de la propriété étrangère, n'ont pas manifesté d'intérêt pour le système de garantie de la BIRD et ont, dans l'ensemble, tourné le dos à la convention* », voir Bennouna (M.), Droit international du développement Tiers-monde et interpellation du droit international, Ed Berger-Levrault, Paris 1983, p.237 Avec l'évolution et à la faveur de certains bouleversements économiques, ces pays reviennent à d'autres considérations sur le sens de l'accord du 18 mars 1965 Il s'agit de certains pays Latins tels l'Argentine (signature 21 mai 1991 et entrée en vigueur 18 novembre 1994), le Chili (signature 25 janvier 1991 et ratification 24 octobre 1991), le Pérou (signature le 4 septembre 1991 et entrée en vigueur le 8 septembre 1993), Uruguay (signature le 28 mai 1992 et entrée en vigueur le 8 septembre 2000), Voir Ghérari (H.) p. 60-61

³⁰⁵ Voir Cazala (J), « *La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI* », AFDI LVIII-2012-CNRS Ed. Paris, pp551-565, p.552. L'auteur montre et souligne deux phases de cette défiance :

La première « *La défiance de plusieurs États latino-américains à l'encontre du CIRDI a été exprimée depuis une dizaine d'années ; de manière encore plus ancienne ; dix-neuf pays latino-américains avaient rejeté le premier projet de convention CIRDI présenté le 10 septembre 1964.* ICSID, History of the ICSID Convention-Documents concerning the origin and the formulation of the Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States, Washington D.C, ICSID, Vol. II-I, p.606

La deuxième défiance: c'est quand: « *La Bolivie avait initié le mouvement en notifiant à la Banque Mondiale son retrait le 2 mai 2007. Deux ans plus tard, le 9 juillet 2009, la Bolivie sera suivie dans sa démarche par l'Équateur. Le Venezuela se joint enfin à cette action le 24 janvier 2012* » Voir S. Manciaux, « *Le Venezuela se retire du CIRDI* », Revue de l'arbitrage, 2012, n°1, pp.215-221 cité par Cazala (J), p. 551

Il s'y ajoute que le Brésil, un État économiquement très important n'a pas signé la Convention du CIRDI et n'a pas singé de T.B.I.

Toutefois, l'arbitrage CIRDI, vu sa légitimité de plus en plus solide, est de plus en plus perçu comme une pratique qui donne des gages de sécurité juridique aux investisseurs quant aux moyens de règlement des différends.

B : L'arbitrage CIRDI une garantie multiple pour l'accueil des investissements

82. L'arbitrage est de nos jours considérés à tort ou à raison comme un moyen d'attractivité et de garantie juridique quant à l'implantation d'activités dans les pays d'Afrique de l'ouest. Il y a ici le moyen de garantie sécuritaire pour l'investisseur (1). Mais aussi, le fait de dessaisir le juge interne est un moyen de garantie de la reconnaissance internationale de la sentence (2) ; et enfin une garantie quant au droit applicable au fond du litige(3).

1) Un moyen de garantie sécuritaire pour l'investisseur

83. S'il y a une chose dans les pays d'Afrique de l'ouest qui rend peur et hésitante les investissements et les investisseurs étrangers, c'est bien le cadre juridique et l'environnement judiciaire³⁰⁶. C'est la raison pour laquelle, (vue la perception élevée du risque) la meilleure manière de les séduire et les attirer est de consacrer l'arbitrage comme un instrument et un mécanisme optimale de règlement des différends en cas de litige³⁰⁷. Alain Plantey président de la Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris, analysant cet attrait envers l'arbitrage dans les pays en développement, le décrit avec pertinence dans cette longue :

³⁰⁶ Si l'Etat de droit se définit comme une forme d'organisation institutionnelle ou l'Etat et les citoyens organisent leurs rapports en vertu de la loi définie et organisée par la loi fondamentale et sanctionnés par un système judiciaire indépendant. Autrement dit, l'Etat n'agit qu'en conformité avec le droit et les règles (d'origine externes) sont contestables devant le juge compétent. Ceci n'est pas toujours évident dans les pays d'Afrique de l'ouest. Où on a affaire à de « jeunes démocratie ». Avec une fragilité institutionnelle doublée d'un risque de conflictualité très élevé.

³⁰⁷ Les textes nationaux (code des investissements et codes miniers) consacrent l'arbitrage comme modalités et instrument pour régler tout litige naissant d'un investissement. Ainsi selon la loi L/2015 N° 008 / AN portant code des investissements de la Guinée art. 43 titre VI « du règlement des différends » : « *Tout différend entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République de Guinée, relatif à l'application du présent code est réglé à l'amiable et, à défaut, par les juridictions guinéennes compétentes. Cependant, les parties peuvent convenir de soumettre le différend ou litige à un tribunal arbitral, dans ce cas, le recours à l'arbitrage se fera suivant l'une des procédures ci-après :*

-la procédure de conciliation et d'arbitrage découlant soit d'un commun accord entre les parties, soit des accords et traités relatifs à la protection des investissements conclus entre la République de Guinée et l'Etat dont la personne physique ou morale concernée est ressortissante ;

- l'application de l'acte uniforme du 11 mars 1999 portant règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA ;

-l'application de la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement et ratifiée par la République de Guinée le 4 novembre 1966 ;

-si la personne concernée ne remplit pas les conditions de nationalité stipulées à l'article 25 de la Convention susvisée conformément aux dispositions des règlements du mécanisme supplémentaire approuvé par le Conseil d'Administration du Centre international de règlement des litiges relatifs aux investissements(CIRDI) »

« L'équilibre contractuel établi dans un contrat d'Etat peut se révéler précaire parce que conclu par des parties dont le statut juridique est différent. L'Etat signataire ou son émanation peut effectivement user de ses prérogatives de puissance publique pour provoquer une modification de l'équilibre convenu. Certes, l'insertion de dans le contrat d'une clause d'intangibilité ou de stabilisation du droit fera généralement échec à l'exercice par l'entité étatique de son pouvoir normatif. Mais il en va différemment de la souveraineté et de l'immunité qui peuvent être invoquées à l'occasion d'un litige, et qui exigent, pour restaurer l'équilibre entre les parties, le recours à une juridiction d'une complète neutralité. Face à cette exigence, seul l'arbitrage apporte des garanties ... »³⁰⁸. Par conséquent, L'arbitrage en matière de règlement des litiges relatifs aux investissements étrangers est un choix de raison et de contrainte d'une certaine manière.

84. En effet, dans les pays d'Afrique de l'ouest, l'investisseur étranger a affaire à de « jeunes démocraties³⁰⁹ » où les principes cardinaux, de l'Etat de droit comme le respect du droit propriété la qualité d'exécution des lois et la bonne gouvernance juridique³¹⁰ de la part des administrations publiques, ne sont pas toujours respectés. Ainsi de nos jours comme hier, l'arbitrage a toujours été privilégié pour connaître des contentieux entre État et investisseur étrangers. Autrement, le recours à l'arbitrage est devenu un principe et non l'exception pour connaître du litige entre partenaires d'affaires (public et privé). Autre vertu accordée à l'arbitrage, c'est que le dessaisissement du juge national constitue une assurance de la reconnaissance internationale de la sentence.

³⁰⁸Voir Plantey (A) « L'arbitrage comme garantie des investissements » pp398-405 In « Relations entre économies industrialisées et économies en transition ou en développement Aspects institutionnels et juridiques SD de Eugène Schaffer , Bruxelles, Ed Bruylant et Institut internationale de droit d'expression française 1995, 669 p. p.402

³⁰⁹ Le processus démocratique s'approfondit de plus en plus. En effet, l'Afrique avait une vie politique et institutionnelle où le principe pour accéder au pouvoir est le coup d'état et l'alternance par le biais d'élections régulière, libre et transparente, l'exception. Les Organisations régionales et sous régionales africaines ont pris des résolutions sévères contre les menaces à la démocratie par le biais de l'imposition de sanctions contre les assassinats politiques et les changements anticonstitutionnels par le «(o) Respect du caractère sacro-saint de la vie humaine et condamnation et rejet de l'impunité, des assassinats politiques, des actes de terrorisme et des activités subversives ;(p) Condamnation et rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernements. » Voir article 4 « Principes » de l'Acte Constitutif de l'Union Africaine Fait à Lomé(Togo), le 11 juillet 2000. <http://www.au.int/>; voir (H.) Tigroudja «La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance » pp.243-255 in « L'Union Africaine cadre juridique et institutionnel Manuel sur l'Organisation panafricaine » sd Abdulqawi A. Yusuf & F. Ougergouz Paris, éd. A. Pedone 2013

³¹⁰ La Charte africaine pour la démocratie, les élections et la gouvernance consacre que « Les États parties institutionnalisent la bonne gouvernance économique et des entreprises grâce, à la 8. Mise au point d'un cadre législatif et réglementaire efficace en appui au développement du secteur privé, 9. La création d'un environnement propice à l'afflux de capitaux étrangers, 10. L'élaboration de politiques fiscales qui encouragent les investissements, 12. L'élaboration, l'exécution et la promotion de stratégies de développement économique, y compris les partenariats entre les secteurs privé et public, 13. La mise en place de systèmes fiscaux efficaces basés sur la transparence et l'obligation de rendre compte ». Voir Union Africaine article 33 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée le 30 janvier 2007 à Addis Abéba (Ethiopie)

2) Le dessaisissement du juge interne : une garantie de reconnaissance internationale de la sentence

85. Dans les pays du Sud en général et d'Afrique de l'ouest en particulier, la sécurité sous tous ses aspects, est réputée précaire. Le droit de propriété, bien qu'inscrit dans la loi fondamentale³¹¹ et des lois sectorielles, n'est pas toujours respecté et garanti par les pouvoirs locaux. Les investisseurs se méfient absolument de l'environnement judiciaire local. Ce dernier soupçonne souvent les juridictions : de lenteurs manifestes et légendaires, la corruption, la mauvaise publicité de la procédure, le manque de compétence technique dans un domaine pointu, le risque de partialité, la crainte de la magistrature locale de défier l'exécutif (absence d'indépendance de la justice et enfin « micro nationalisme judiciaire »). Et pour couronner le tout, il y a l'hostilité envers l'investisseur étranger souvent perçu, à tort ou à raison, comme mû par une rentabilité sans contrepartie de ses responsabilités et des avantages reçus. De la même manière, il y a un autre facteur de divergence entre investisseurs et État d'implantation de l'investissement. En effet, dans cette perspective la sentence pose fondamentalement un problème d'applicabilité et d'effectivité. Ceci pose l'autorité et l'effectivité des décisions rendues par des juridictions nationales. Dans la mesure où l'entreprise étrangère investisseuse aura du mal, si l'Etat d'accueil est condamné, d'obtenir l'exécution au plan interne du fait du fort déficit en matière d'Etat de droit, de l'immunité des États et de la faible reconnaissance dans les autres pays africains malgré l'exéquatur.

86. De l'autre côté, l'Etat d'accueil est très réticent à l'idée de saisir l'arbitrage³¹² pour le règlement du litige éventuel contre l'investisseur. Dans la mesure où il aura éventuellement du mal lui aussi, à obtenir l'exécution du jugement de la part de l'entreprise condamnée par le tribunal d'arbitral. Ce dilemme ou *mano à mano* judiciaire est résumé par un auteur en ces termes:

« Si l'investisseur privé peut avoir quelques réticences à envisager de se soumettre aux juridictions de l'Etat cocontractant, ce dernier sera hostile à toute compétence d'une autre juridiction étatique que la sienne. Face à ce dilemme, on constate l'inexistence d'alternative. L'absence, d'une juridiction internationale à laquelle pourrait être directement déféré, par l'une quelconque des parties, un litige opposant un État et une personne privée place ces derniers dans une situation peu satisfaisante : soit l'Etat invoque son immunité devant le juge étranger, soit le juge de l'Etat est saisi par l'une des

³¹¹ Le droit de propriété est garanti par la Constitution de la République sénégalaise du 22 janvier 2001 dont l'article 15 dispose : « Le droit de propriété est garanti par la présente constitution. Il ne peut y être porté atteinte que dans le cas de nécessité publique légalement constatée, sous réserve d'une juste et préalable indemnité. »

³¹² Malgré le fait qu'ils sont aussi fondés (tout comme l'investisseur étranger) à saisir par requête le CIRDI en vue de régler un litige, dans la et les faits, les pays d'Afrique de l'ouest sont la plupart du temps défendeurs dans les procédures d'arbitrage au CIRDI ou au niveau ad hoc. En effet : « Rares sont les requêtes introductives émanant d'un Etat. Il est intéressant de souligner le cas du Gabon qui a saisi le 5 octobre 1976, le CIRDI d'une requête contre la société française Serete (N° ARB/76/1) pour une affaire de construction de maternités. Ce litige a trouvé une solution amiable le 27 février 1978 », voir Tall Saidou (N.) L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers : les États d'Afrique subsaharienne devant le Tribunal du CIRDI », Revue EDJA n°56 janvier-Février Mars 2003 pp.53-81, p.54

*parties sans que la décision rendue soit assurée d'être exécutable dans le pays dont relève la partie privée. »*³¹³.

C'est ici où se trouve l'efficacité et l'autorité des sentences rendues sous l'égide du CIRDI³¹⁴. En effet, contrairement aux jugements rendus par des tribunaux arbitraux ad hoc qui nécessitent un exequatur pour « forcer » l'Etat condamné à exécuter en bonne et due forme la sentence prononcée en son encontre, l'arbitrage institutionnel offre une grande rupture.

87. Les sentences rendues sous l'égide de l'arbitrage institutionnel du CIRDI sont dépourvues d'exequatur. Autrement dit, nul besoin de présenter un exequatur de l'entreprise étrangère pour obtenir une voie d'exécution forcée contre l'Etat condamné. En plus, l'arbitrage-CIRDI et les sentences prononcées dans ce cadre présentent « une puissance exécutive forte et symbolique » à la fois. Parce que prononcée sous l'égide de la Banque Mondiale³¹⁵ une Institution qui a une influence juridique et économique considérable dans les pays d'Afrique de l'Ouest. Étant donné le nombre de projets de développement financés chaque année, les prêts octroyés aux États dans les secteurs sociaux de base et dans le domaine des

³¹³Voir Plantey (A) op cit p.402

³¹⁴La Sentence est contestable dans l'arbitrage CIRDI par une partie au différend s'estimant lésée. Selon la Convention de Washington section 4 de la sentence, l'art 48 dispose : «(1) *Le tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres. (2) La sentence est rendue par écrit, elle est signée par les membres du Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur. (3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée.(4) Tout membre du Tribunal peut faire joindre à la sentence soit son opinion particulière- qu'il partage ou non l'avis de la majorité- soit la mention de son dissentiment.(5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties.* Elle peut aussi faire l'objet d'interprétation, de révision et d'annulation. L'article 50 de la Convention dispose 1 « *Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties concernant le sens ou la portée de la sentence peut faire l'objet d'une demande en interprétation adressée par écrit au secrétaire général par l'une ou l'autre des parties ...* » Art. 51 pose le principe de la « *révision de la Sentence en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence...* » Alors que l'art. 52, qui pose le principe de l'annulation de la sentence, dispose : « *Chacune des parties peut demander, par écrit, au Secrétaire général l'annulation de la sentence pour l'un quelconque des motifs suivants :*

(a) *Vice dans la constitution du Tribunal ; b) excès de pouvoir manifeste du Tribunal ; c) corruption d'un membre du Tribunal ; d) inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure ; e) défaut de motif...* »

L'art.53, qui pose le principe de la reconnaissance et de l'exécution de la Sentence, dispose : « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention...* »

³¹⁵Cette Organisation économique internationale présente une capacité d'adaptation remarquable. En effet, à l'origine, elle n'était pas destinée aux pays en développement et particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest, mais à la reconstruction des « pays alliés détruits par la guerre » L'article 1^{er} « objectifs » des statuts de la BIRD le confirme, il dispose ainsi : « *La Banque a pour objectif : i)*

D'aider à la reconstruction et au développement des territoires et des États membres, en facilitant l'investissement de capitaux consacrés à des fins productives, y compris la restauration des économies détruites ou disloquées par la guerre, la réadaptation des moyens de production aux besoins du temps de paix et l'encouragement au développement des ressources et moyens de production des pays les moins avancés » ; son alinéa 2, qui est consacré à l'investissement, dispose : « *II) De promouvoir les investissements privés à l'étranger au moyen de garanties ou de participations aux prêts et autres investissements effectués par les fournisseurs privés de capitaux ; et, à défaut de capitaux privés disponibles à des conditions raisonnables, de compléter l'investissement privé sous des modalités appropriées et en fournissant à des fins productives des moyens financiers tirés de son propre capital, des fonds qu'elle s'est procurés et de ses autres ressources* » », Voir Art.1^{er} « *Statuts de la BIRD* », Organismes économiques internationaux Documents rassemblés et présentés par Louis Sabourin, ED Agence de coopération culturelle et technique La Documentation française, Paris 1994 , p.122

infrastructures, le rôle de ses filiales en matière de garantie des investissements³¹⁶ et de soutien aux secteurs privé³¹⁷ dans ces pays et surtout son influence pour l'amélioration des réglementations relatives aux investissements étrangers³¹⁸. C'est la raison pour laquelle, la sentence CIRDI constitue une offre de sécurité supplémentaire pour les deux parties en litige particulièrement l'investisseur. De nos jours, il est particulièrement prisé par les entreprises souhaitant engagées la responsabilité de la puissance publique du pays d'accueil de l'investissement. L'arbitrage permet aussi d'y voir clair quant à la nature du droit applicable au litige.

3) Une garantie quant au droit applicable au fond du litige

88. Traditionnellement, en matière contractuelle³¹⁹, les parties déterminent, dans leurs obligations respectives, le droit, les procédures applicables en cas de litige. Il faut dire que

³¹⁶Voir Convention de Séoul de 1985 portant création de l'AMGI qui est un mécanisme universel de garantie contre les risques politiques qui affectent les IDE dans les pays en développement particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest.

³¹⁷Ce rôle est dévolu à sa filiale(SFI) conçue comme une structure de soutien aux secteurs privés des pays en développement particulièrement celui des pays d'Afrique de l'ouest où elles sont très faibles. L'article 1 « Objet » du traité de la SFI dispose : « *La Société a pour objet de stimuler l'expansion économique en encourageant le développement d'entreprises privées de caractère productif dans les États membres, en particulier dans les régions moins développés, en vue de compléter les opérations de la BIRD. En poursuivant cet objet, « la société :*

- i) *Contribuera en association avec les investissements privés, à financer l'établissement, l'amélioration et l'expansion d'entreprises privées de caractère productif de nature à contribuer au développement de ses États membres ; ces investissements se feront sans garantie de remboursement par le gouvernement membre intéressé et uniquement lorsque le capital privé ne pourra être trouvé à des conditions raisonnables ;*
- ii) *S'efforcera de rapprocher les perspectives d'investissement, le capital privé, local et étranger, et une direction expérimentée ; et*
- iii) *S'efforcera de stimuler et de promouvoir les conditions favorisant le courant du capital privé, local et étranger, vers des investissements de caractère productif dans les pays membres. La SFI s'inspirera dans toutes ses décisions, des dispositions du présent article », Voir Washington, 1955 Document : Statuts de la SFI Art. 1^{er}—Objet ibid. p.143*

³¹⁸Le groupe de la Banque Mondiale est très active outre , les structures consacrées au financement de projets, de garantie(AMGI) d'arbitrage d'investissement(CIRDI) de soutien aux secteurs des PED(SFI) de prêts sans intérêts et de dons aux PMA (AID), depuis 2003, elle sort un rapport annuel (très prisé par les milieux d'affaires internationaux) et très scruté par les gouvernements africains. Il s'agit du « *Doing Business* » qui classe les Pays en fonction de la sécurité de l'environnement des affaires et de la capacité de réformes.

³¹⁹Le thème des contrats d'investissement entre État et Entreprise étrangère fut un de domaines du droit international les plus passionnés en controverses doctrinales quant au droit et règles applicables en cas de litige. Les pays du Sud ont toujours eu pour préférence l'application des lois nationales concernant ces contrats. Ils y voient une question de Souveraineté. Alors que les Entreprises et investisseurs internationaux, eux, préfèrent l'internationalisation qui consiste à appliquer les règles du droit international jugées plus protectrices contre les risques liés au comportement partial du législateur et du système judiciaire internes envers leurs investissements. La doctrine de l'internationalisation a théorisé et avancé deux clauses particulières selon Pierre Mayer citant P. Weil : « *Il s'agit des clauses d'intangibilité et de stabilisation. Les premières ont pour objet « de mettre l'investisseur à l'abri des pouvoirs exorbitants que l'Etat hôte peut tenir de son droit national à l'égard de ses cocontractants ».* Les secondes visent à « *geler la législation nationale du pays hôte dans l'Etat où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et, partant, de limiter l'exercice par l'Etat de sa compétence législative », Voir Mayer(P), « La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat », J.D.I., 1986 Janv.-Fév. Mars, Paris Ed techniques S.A, pp5-78, p.7. Pour le Professeur Saidou N. Tall la controverse se situe au niveau de trois positions doctrinales: « une première approche (dite théorie du contrat sans loi ou a-national)*

dans ce domaine aussi, il y a un dilemme. En effet, l'investisseur est habitué à des procédures et un droit caractérisés par sa souplesse et son efficacité au niveau de son contenu, de ses usages et de son effectivité. Alors que l'Etat d'accueil en vertu de sa Souveraineté ne se laisse guère appliquer des règles et normes auxquelles il n'a pas souscrit et il n'a pas l'habitude de la pratique³²⁰. Dans cette perspective, pour des raisons de sécurité juridique et judiciaire évidentes, à défaut d'obtenir la conciliation et après l'épuisement des voies de recours internes, l'investisseur sollicite et montre sa préférence pour les procédures éprouvées des chambres internationales d'arbitrages et du droit international procédurale (en matière d'arbitrage institutionnel) gages d'assurance judiciaire éventuelle contre l'arbitraire règlementaire étatique. Ainsi le droit applicable s'occupe de la constitution du tribunal arbitre³²¹, de sa mission³²², de la désignation de chaque arbitre³²³ et l'entente pour la

considère que le contrat crée un ordre juridique indépendant et soumis à l'entière volonté des parties ; la deuxième(théorie du tiers ordre) ou de la *lex mercatoria* défend l'idée de la soumission du contrat aux principaux généraux du droit international et à un ensemble de pratiques ou usages du droit transnational ; la troisième approche privilégie le rattachement au droit international public jugé plus neutre » SN Tall p.63 op cit. ; Voir pour aller plus loin P. Weil « *droit international et contrats d'Etat* », Mélanges offerts à Paul Reuter, Paris Pedone, 1981, p. 549 ; P. Weil, « principes généraux de droit et contrats d'Etat », in « *le droit des relations économiques internationales* », études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, p.387, Voir aussi P. Weil, « *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique* », Mélanges Rousseau. Sur la critique de l'internationalité proprio motu des contrats d'Etat, il faut citer aussi l'ouvrage remarquable de la Professeure Leila Lankarani « *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international* », Bruxelles, Ed. Bruylant 2001.

³²⁰L'article 42 de la Convention du 18 mars 1965 portant création du CIRDI a voulu apporté une solution de « compromis » entre les parties en soulignant : « (1) *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles adoptées par les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend –y compris les règles relatives aux conflits de lois- ainsi que les principes du droit international en la matière.* ». L'alinéa 2 y ajoute par ailleurs, pour parer à tout déni de justice, que : « *Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit* ». L'alinéa 3 note cependant que les parties ont toujours l'initiative du procès : « *Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer ex aequo et bono.* »

³²¹Le droit du CIRDI organise la procédure de constitution du Tribunal à travers la section 2 –De la constitution du Tribunal. L'art. 37(1) dispose : « *Le Tribunal arbitral...est constitué dès que possible après enregistrement de la requête conformément à l'article 36. Al 2 souligne que « le Tribunal se compose d'un arbitre unique ou d'un nombre impair d'arbitres nommés conformément à l'accord des parties. (b) A défaut d'accord entre les parties sur le nombre des arbitres et leur mode de nomination, le Tribunal comprend trois arbitres ; chaque partie nomme un arbitre et le troisième qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties* ». L'art 38 pos l'hypothèse du Tribunal non constitué dans les délais là : « *Si le Tribunal n'a pas été constitué dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le S.G., le président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme l'arbitre ou les arbitres non encore désignés* ». L'art 39 pose le principe des nationalités des arbitres en soulignant que « *les arbitres doivent être ressortissants d'Etats autres que l'Etat contractant partie au différend et que L'Etat contractant dont le ressortissant est partie au différend* »

³²²La fonction du Tribunal est « *juge de sa compétence(1) et «(2) Tout déclinatoire de compétence soulevé par l'une des parties et fondé sur le motif que le différend n'est pas de la compétence du Centre ou, pour toute autre raison, de celle du Tribunal qui décide s'il doit être traité comme question préalable ou si son examen doit être joint à celui des questions de fond* » Les parties en litige ont l'initiative qui doivent trancher leur différend , l'article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 le pose en ces termes : « (1) *Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend-y compris les règles relatives aux conflits de lois- ainsi que les principes du droit international en la matière (2) Le tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit* »

³²³Voir les articles 38(constitution du Tribunal et nomination des arbitres) et 39(désignation des arbitres) de la Convention de Washington du 18 mars 1965 relative au CIRDI précité

désignation de l'arbitre principal³²⁴, le déroulement de la procédure³²⁵ et du prononcé de la sentence³²⁶.

89. L'arbitrage en général et l'arbitrage CIRDI particulièrement ne pose pas des problèmes d'exécution³²⁷. Toutefois, en la matière les situations diffèrent, et il arrive qu'un acteur (surtout dans l'arbitrage ad-hoc) condamné refusent d'exécuter la décision (ignorance pure et simple, contestation de la compétence du Tribunal arbitral en multipliant à volonté les voies de recours, menaces à peine voilée etc.). D'où l'existence d'un instrument juridique anticipant juridiquement cette possibilité. C'est la raison d'être de la Convention de New York de 1958,³²⁸ dont l'article 1^{er} dispose : « *La présente convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences arbitrales qui ne*

³²⁴ Al (b) de l'art 37 pose le principe d'une nomination consensuelle du président du Tribunal. «... *Le Tribunal comprend trois arbitres ; chaque partie nomme un arbitre et le troisième qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties* ».

³²⁵ La procédure de l'arbitrage CIRDI est considérée comme chère pour des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest ayant le statut de PMA ou pays à revenu intermédiaire. La procédure CIRDI exige des « frais de procédure » pour les acteurs qui en font la demande : notamment « *redevance dues par les parties pour l'utilisation des services du Centre* » art. 59, « *les honoraires et frais des membres du Tribunal et chaque Commission* » art60. Honoraires et frais sont supportés à parts égales par les parties en cas de conciliation » art 61 Le lieu de la procédure (ce qui est une des reproches faites à cette institution c'est de ne pas descendre sur le terrain ou lieu de la commission des faits et objet du litige pour symboliquement constater des éléments de preuves, de la véracité des faits allégués, la version des faits entre chaque partie en litige et comment les communautés locales du lieu de l'investissement perçoivent les rapports d'investissement entre le pays d'implantation et l'entreprise) selon l'art. 62 « *les procédures de conciliation et d'arbitrage se déroulent au siège du Centre..* » Même si le principe d'une délocalisation de procès n'est pas exclu. Il est posé par l'art. 63 qui dispose : « *Si les parties en décident ainsi, les procédures de conciliation et d'arbitrage peuvent se dérouler :*

- (a) *Soit au siège de la Cour permanente d'arbitrage ou de toute autre institution appropriée, publique ou privée, avec laquelle le Centre aura conclu des arrangements à cet effet ;*
- (b) *Soit en tout autre lieu approuvé par la Commission ou le Tribunal après consultation du Secrétaire général* »

³²⁶ Sur ce point, la procédure CIRDI adopte la logique majoritaire avec possibilité pour les opinions dissidentes d'un arbitre réservé sur la décision finale ou sur certains aspects liés à la question litige. C'est ainsi que l'art. 48 de la Convention CIRDI du 18 mars 1965 dispose : « (1) *Le Tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres. (2) La sentence est rendue écrit ; elle est signée par les membres du Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur. (3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée. (4) Tout membre du Tribunal peut joindre à la sentence soit son opinion particulière- qu'il partage ou non l'avis de la majorité-soit la mention de son dissentiment. (5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties* ». Et selon l'article 49 (1) « *Le Secrétaire général envoie sans délais aux parties copies certifiées conformes de la sentence. La sentence est réputée avoir été rendue le jour de l'envoi desdites copies...* »

³²⁷ Nonobstant que cet arbitrage institutionnel est dispensé d'*exequatur*, il faut dire que son efficacité en matière d'exécution des sentences prononcées est due à l'onction symbolique que représente le Groupe de la Banque Mondiale : instrument sécuritaire(juridique), mais aussi et surtout économique et financier(financement des projets de développement dans les pays en développement et influence dans les milieux d'affaires qui rejaillissent sur l'image et l'attractivité des pays souhaitant recevoir des capitaux étrangers.

³²⁸ « *Par la Résolution 604(XXI) adoptée le 3 mai 1956 le Conseil économique et social des Nations-Unies avait décidé de convoquer une conférence de plénipotentiaires chargée d'adopter une Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et d'examiner les autres mesures que l'on pourrait prendre pour faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé* »

sont pas considérées comme des sentences nationales dans l'Etat où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées »³²⁹.

90. La notion de sentence est employée dans cet instrument conventionnel à un double sens qui dépend de certains cas et situations mais aussi du moment de la signature du traité ou tout État souhaitant participer à la convention spécifie les conditions d'application de celui-ci en fonction des acteurs « une autre État contractant » ou des « *rapports de droit contractuels ou non-contractuels* ». D'où le sens des alinéas 1 et 2 du même article qui souligne : « *On entend par « sentences arbitrales » non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises* ³³⁰ ». Alors que l'alinéa 3 laisse une liberté d'action de l'Etat, qui en fonction de la réciprocité, choisit s'il souhaite exécuter une sentence rendue dans un autre État partie au traité : « *Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout Etat, pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre État contractant . Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapport de droits contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale* ». ³³¹ Malgré, le renforcement des instruments sécuritaire au plan juridique, l'arbitrage-investissement continue à être perçu à tort ou à raison avec méfiance par ses pays qui redoutent son coût et l'effet financier des sentences éventuels.

P- Paragraphe 2 : La considération néanmoins méfiante du mécanisme d'arbitrage investissement

91. L'arbitrage commercial, et surtout l'arbitrage Etat-investisseur sont une pratique transactionnelle que les pays d'Afrique de l'ouest découvrent dans leurs relations d'affaires avec les investisseurs étrangers. Aujourd'hui, malgré l'existence de textes nationaux et l'adhésion aux conventions régionales et internationales pertinentes consacrant ce modèle particulier, l'arbitrage est considéré, néanmoins, avec une certaine prudence. Ce modèle de règlement des différends possède une philosophie particulière (A). Il y a aussi les autres motivations envers l'arbitrage (B).

A : La philosophie juridique particulière de l'arbitrage

92. L'arbitrage, aussi efficace³³² soit-il, a les défauts de ses qualités. Parce qu'aucun système de règlement des différends n'est parfait et dénué de carences de fonctionnement. Ces

³²⁹ Voir art. 1^{er} de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* New York 10 juin 1958

³³⁰ Voir al 2 Ibid

³³¹ Al. 3 Ibid

³³² Dans le monde des affaires et du Business au plan international(mais aussi, et on l'oublie souvent au plan interne), il est toujours considéré par la communauté des investisseur comme le moyen de règlement des

derniers se résument dans le contexte de l'Afrique de l'ouest au soupçon de partialité en faveur de l'investisseur (1), les problèmes de souveraineté posés par cet instrument (2) et enfin la technicité et la diversité des procédures (3).

1) Le soupçon de partialité en faveur de l'investisseur

93. La question de la partialité ou non des arbitres désignés dans un litige est un sujet central des relations d'investissement Etat- investisseur. La méfiance envers l'arbitrage est telle que les sujets de droit international comme les États sont toujours défenderesse dans les procédures CIRDI. Le professeur Ferhat Horchani souligne au cours d'un colloque : « *Aucune affaire sur les 219 n'a été portée par les Etats. Ces chiffres sont conformes non seulement à une réalité selon laquelle les États d'accueil ne peuvent être perçus comme des parties défenderesses, mais aussi à un déséquilibre structurel qui caractérise les accords d'investissement modernes* »³³³. Ce soupçon est d'autant plus fondé que « *la plupart des affaires (environ 72%) mettent en cause des États défendeurs provenant de pays en développement* »³³⁴.

94. La volonté d'équilibriste et d'impartialité du CIRDI se veut toujours clair pour montrer la transparence de la procédure et du fond : « *Les sentences rendues paraissent équilibrées. Ainsi, sur les 20 sentences rendues en 2009, sept d'entre-elles ont débouté l'investisseur, alors que sept autres ont confirmé leurs demandes totalement ou partiellement* »³³⁵. La Convention de Washington a anticipé certains comportements et pratiques pouvant nuire à l'indépendance à la réputation d'un arbitre, d'une partie en litige ou même du tribunal. L'article 14 de la Convention du CIRDI dispose : « *Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonction. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitre est particulièrement importante* »³³⁶.

94. En matière d'arbitrage Etat-investisseur, il arrive, que malgré l'entame de la procédure et la composition du tribunal arbitral, qu'une partie récusé l'arbitre qu'elle a désignée³³⁷. C'est

différends le plus efficace, plus pratique, plus sécurisant avec des personnes ayant des connaissances techniques pointues en la matière.

³³³ Voir Horchani (F) Rapport introductif in Actes du colloque de organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006 « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre » Ed Pedone, pp3-15 p.6

³³⁴ Voir Horchani(F) Rapport introductif, in « CIRDI 45 ans après Bilan d'un système » SD Ferhat Horchani Actes du colloque de Tunis, 11,12 et 13 mars 2010 Ed A. Pedone 2010, pp 17-39, p.24

³³⁵ Voir notamment le site de l'association pour la taxation des transactions financières et pour l'action citoyenne(ATTAC)<http://www.france.attac.org> cité par Horchani(F) p.24

³³⁶ Voir art. 14 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États de Washington du 18 mars 1965

³³⁷ Voir la Convention du CIRDI ou l'article 57 dispose : « *Une partie peut demander à la commission ou au tribunal la récusation d'un de ses membres pour tout motif impliquant un défaut manifeste des qualités requises par l'article 14, alinéa(I). Une partie à une procédure d'arbitrage peut, en outre, demander la récusation d'un arbitre pour le motif qu'il ne remplissait pas les conditions fixées à la section 2 du chapitre IV pour la nomination du tribunal arbitral.* » Cette décision de récusation doit intervenir sans que l'autre, ou les autres arbitres, se prononce. L'article 58 dispose : « *Les autres membres de la Commission ou du tribunal, selon le*

ce qui s'est produit dans l'affaire Pey Casado et Fondation « Président Allende » C. Chili sentence du 8 mai 2008 où : « *Par lettre du 23 août 2005, la République du Chili a demandé la récusation des trois membres du tribunal arbitre, dont l'un (l'Ambassadeur Galo Leoro Franco, de nationalité équatorienne) donna sa démission par lettre du 26 août 2005, au motif qu'il aurait perdu la confiance de la partie l'ayant désigné. A la suite de cette démission, le Chili a retiré par écrit sa requête de récusation concernant ce dernier* ». Aussi, la démission peut ne, cependant, pas être conforme aux textes de référence³³⁸ qui prévoit le règlement du litige et ne pas être accepté par l'autre arbitre désigné. Aussi pour éviter les carences ou la vacance de l'autorité administrative de l'instance arbitrale intervienne. C'est ainsi que le Conseil d'administration constate que : « *La démission de Monsieur Leoro Franco, à la veille de la délibération du tribunal fixée avec son accord, n'était justifiée au regard d'aucun des motifs prévus aux articles 56 (3) de la Convention CIRDI et 8 (2) du règlement d'arbitrage, elle n'a pas été acceptée par les deux autres membres du tribunal arbitral, et le président du Conseil d'administratif a été appelé à pourvoir à la vacance ainsi créée. C'est ce qu'il a fait en désignant Emmanuel Gaillard, professeur de droit et avocat à Paris* »³³⁹.

95. Parallèlement, au risque de partialité, la jurisprudence CIRDI souligne aussi la nécessité d'indépendance absolue envers les parties. Ces deux qualités sont résumées ainsi : « *Le devoir d'indépendance renvoie à l'absence de relations avec les parties de nature à influencer la décision d'un arbitre. Le devoir d'impartialité renvoie à l'absence de préjugé envers l'une des parties* »³⁴⁰. Un auteur Charles Jarroson critique sévèrement le contrôle relatif à l'indépendance et la récusation de l'arbitrage CIRDI³⁴¹. En plus de ces problèmes procéduraux, l'arbitre Etat-investisseur soulève pas mal de questions liées à sa légitimité et ses empiètements de Souveraineté.

cas, se prononcent sur toute demande en récusation d'un conciliateur ou d'un arbitre. Toutefois, en cas de partage égal des voix, ou si la demande en récusation vise un conciliateur ou un arbitre unique ou une majorité de la Commission ou du Tribunal, la décision est prise par le président. Si le bien-fondé de la demande est reconnu, le conciliateur ou l'arbitre visé par la décision est remplacé conformément aux dispositions du chapitre III, section 2 ou du chapitre IV, section 2. »

³³⁸ Ici en l'espèce l'article 56 de la Convention CIRDI

³³⁹ Voir Gaillard (E) La Jurisprudence du CIRDI volume II, Paris Ed A. Pedone, 2010 l'affaire « Pey Casado et Fondation « Président Allende » Chili sentence du 8 mai 2008, pp- 467-468

³⁴⁰ Voir CIRDI ARB/11/29 *Getma International, NCT Necotrans*, Getma International Investissements & NCT Infrastructure & Logistique guinée, décision du 28 juin 2012, cité par Sarah Cassella « L'impartialité des tribunaux arbitraux » In Colloque sur « *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la proceduralisation du droit international de l'investissement* » SD d'Arnaud de Nanteuil, Paris Ed A. Pedone, 2015 pp 167-191 p.168

³⁴¹ Pour cet auteur : « *Une double critique vient à l'esprit. Tout d'abord, ce dualisme n'est guère satisfaisant ; il n'existe que parce que le système mis en place ne peut fonctionner dans toutes les hypothèses, et il est compliqué. Ensuite, l'idée de faire peser la décision de récuser sur les autres coarbitres n'est ni séduisante ni appropriée. D'un point de vue psychologique, car il est difficile à deux membres d'un tribunal arbitral d'écarter le troisième contre son gré : en effet, si la procédure en arrive à ce stade, c'est parce que l'arbitre en cause ne s'est déporté et qu'il est demandé aux autres arbitres de l'« expulser » ; d'un point de vue sociologique ensuite, car il suffit de jeter un œil aux noms des arbitres désignés pour s'apercevoir que ce sont souvent les mêmes qui reviennent comme arbitres, comme conseils, voire comme membres d'un tel comité ad hoc. Tous se connaissent et sont appelés à se retrouver à différents titres ; ils ne sont donc pas dans une position qui leur permettrait de se prononcer en toute liberté d'esprit* » Jarroson(Ch), « *Des arbitres sans contrôle ?* », pp 263-269, in « *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux Aspects récents* », SD de Charles Leben, Paris Ed Anthemis s.a ,346p. p.265

2) Les problèmes de souveraineté posés par cet instrument

96. La Souveraineté est un principe cardinal prévue et organisé par le droit international public³⁴². L'Etat est un sujet de droit particulier, en ce sens qu'il s'oblige et ne peut être obligé si ce n'est son consentement en bonne et due forme. Anticipant les critiques relatives à la marginalisation de la juridiction interne, la convention de Washington fait du consentement la pierre angulaire du système d'arbitrage inter étatique CIRDI³⁴³. Par conséquent, dès le départ, le système se veut égalitaire sur la capacité juridique des acteurs du droit international des investissements de la saisir. Et la compétence du Centre, selon la convention de Washington, : « *s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement* »³⁴⁴.

97. Néanmoins, le système instauré par la Convention du 18 mars est très souple et subtile à la fois. En effet, l'article 26 apporte toutes les nuances sur la validité et les conditions du consentement engageant juridiquement l'Etat. Il dispose : « *Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs et judiciaires internes soient épuisés* »³⁴⁵. Malgré la neutralité apparente et explicite du système institutionnel de règlement des différends relatifs aux investissements étrangers, il faut dire que la pratique montre que le système est loin d'être parfait et optimal³⁴⁶. Certes, la nature et l'ampleur des critiques changent avec le temps³⁴⁷,

³⁴²Le droit international public a pour corollaire et fondement le principe de souveraineté : c'est-à-dire tous les sujets internationaux sont égaux en droit et en devoir (conclusion ou refus de conclusion de TBI et consentement à être lié par une convention bi et multilatérale). Cela veut dire aussi que dans ses rapports avec les autres sujets de droit au niveau international, l'Etat est indépendant et n'a pas d'ordre ni d'injonction à recevoir. Alors qu'en droit international économique, c'est le principe de l'interdépendance qui structure les rapports entre les acteurs.

³⁴³Le préambule dit à propos : « *Reconnaissant que le consentement mutuel des parties de soumettre ces différends à la conciliation ou à l'arbitrage, en ayant recours auxdits mécanismes, constitue un accord ayant force obligatoire qui exige en particulier que toute recommandation des conciliateurs soit dûment prise en considération et que toute sentence arbitrale soit exécutée ; et*

Déclarant qu'aucun État contractant, par le seul fait de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation de la présente Convention et sans son consentement, ne sera pas réputé avoir assumé aucune obligation de recourir à la conciliation ou à l'arbitrage, en aucun cas particulier » Voir Préambule de la Convention du 18 mars 1965 portant CIRDI.

³⁴⁴Voir Article 25 al 1 de la Convention de Washington relative au CIRDI

³⁴⁵Voir article 26 de la Convention du 18 mars 1965 portant création du CIRDI

³⁴⁶Des critiques nombreuses et justifiées ont été adressées aux CIRDI (malgré certaines avancées). Il y a la problématique liée à la jurisprudence du point de vue de la stabilité et de l'évolution du droit international des investissements (errements jurisprudentiels à propos du concept de développement *Salini Test*). Les arbitres au CIRDI ne semblent pas être liés par le pouvoir du précédent. Un auteur l'explique bien en ces termes

: « *Les premières décisions rendues sous l'égide du Centre laissent penser que les arbitres attacheront le plus grand intérêt aux sentences précédemment rendues dans le même contexte, sans pour autant s'estimer liés par de quelconques « précédents » conçus comme ayant une valeur contraignante : plus qu'une source, la « jurisprudence » arbitrale est une autorité qui s'impose auctoritate rationis et non ratione auctoritatis* »

mais celle-ci demeure toujours vigoureuse avec les exigences de haut niveau des réglementations internes en matière de protection et que le tribunal n'hésite pas à sanctionner³⁴⁸.

98. En effet, du point de vue de la convention, si de prime abord, la Souveraineté semble préservée, la pratique d'arbitrage État investisseur montre que celle est considérablement atténuée dans certains cas. L'innovation majeure de la convention de Washington, est la reconnaissance unilatérale accordée à l'investisseur, par le biais d'une requête, de saisir le Centre afin d'attirer l'État d'accueil, d'engager sa responsabilité pour préjudice éventuel subi³⁴⁹. Autrement, au même titre que l'État, les entreprises et les firmes Transnationales deviennent aussi sujet de droit pleinement reconnus au plan international. Décrivant le mécanisme instauré par le système d'arbitrage - CIRDI, le professeur Eisemann souligne : « *non seulement il internationalise l'engagement arbitral mais détache de même de l'emprise*

Voir Gaillard (E.) dans sa « *La jurisprudence du CIRDI* », Ed. A. Pedone, Paris, 2004, pp.15-16 Il y a la problématique liée aux prérogatives des États de régler l'activité économique interne sans que cela s'assimile de l'expropriation de fait. L'autre facteur, qui montre les insuffisances du système-CIRDI, c'est la non-prise en compte du facteur social et environnemental dans les différends État-investisseur. Et enfin, il y a les inconvénients liés à la cherté et la longueur des procédures ce qui revient à avoir les mêmes tares que la justice classique. La question de la « culture juridique et de neutralité culturelle » des arbitres peut poser problème parfois. Christophe Seraglini cite un arbitre émérite Yves Derains qui estime à ce propos : « *l'appartenance de l'arbitre lui-même à une tradition juridique déterminée n'est certainement pas indifférente, mais il doit s'efforcer de s'en abstraire autant que faire se peut(...)* » A la suite de cette citation, l'auteur Seraglini note que : « *Le respect de cette obligation de « neutralité culturelle » est par ailleurs facilité par la composition souvent « mixte » des tribunaux arbitraux qui, si elle peut parfois être à l'origine de tensions entre des arbitres de cultures juridiques différentes, favorise le plus souvent la pondération des cultures juridiques nationales au sein du tribunal arbitral* », Voir Seraglini (Ch.) « L'influence de la culture juridique sur la décision de l'arbitre », Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer Liber Amicorum, Ed LGDJ, Lextenso éditions, 2015, pp.817-831, p. 821

³⁴⁷ Les débuts de l'arbitrage État-investisseur au CIRDI étaient difficiles. (contexte idéologique particulier déteignant sur l'environnement des investissements étrangers, « *politisation du contentieux* » Ibrahim Shihata) . Ce qui fait que l'activité du CIRDI était marginale car peu saisie. Mais, maintenant, à la faveur de l'intensité des relations économiques internationales et de la signature des T.B.I. et de la modernisation des codes d'investissements comme dans les pays d'Afrique de l'ouest, on assiste à un développement sans précédent et une systématisation de la jurisprudence du CIRDI. Cette dernière a précisé un socle de principes traditionnels basés sur la non-discrimination (comme la Clause de la nation la plus favorisée, la clause du traitement national, la clause du traitement juste et équitable et la clause du traitement pleine et entière protection et sécurité entière) qui sont devenus une source essentielle et consistante de protection des investissements. Pour aller loin, voir Gaillard (Em.), *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Ed. A. Pedone, 2004, où l'auteur détaille l'évolution des activités du CIRDI et l'importance qu'a pris ses litiges et saisines sur le fondement des Traités bilatéraux de protection et d'encouragement des Investissements étrangers.

³⁴⁸ En matière de protection des investissements l'interdiction est faite aux États d'établir des « performances requirements » et consécration en même temps du principe « d'attente légitime » (« *legitimate expectations* »). Ce concept qui a renforcé considérablement la protection juridique importante dont jouit l'investisseur découle selon la doctrine du principe consacré en droit international des investissements qu'est le « traitement juste et équitable » : « *Cette conception large du principe du traitement juste et équitable a conduit certains investisseurs étrangers à invoquer, avec succès, comme seul fondement de la protection de leurs intérêts la frustration de leurs « attentes légitimes » (« Legitimate expectations »).* Les « attentes légitimes » sont régulièrement considérées depuis quelques années comme l'une des composantes à part entière du principe du traitement juste et équitable. Voir *Cirdi Biwater Gauff(Tanzania) ltd c. Tanzanie*, sentence du 24 juillet 2008 Leur protection n'est opérée cependant que sous de très strictes conditions, ces attentes être « raisonnables et légitimes », Voir *Dallier (P), Forteau(M.) Pellet (A.) Droit international Public 8^e ed. Ed. LGDJ, 2009, p.1217*

³⁴⁹ Voir Belanger (M.) *Institutions économiques Internationales La mondialisation et ses limites*, 1997

étatique toute la procédure d'arbitrage, au point que la sentence est authentiquement internationale, à l'instar de l'arbitrage interétatique »³⁵⁰.

99. La nouveauté du mécanisme d'arbitrage négocié dans le cadre de la BIRD (Banque Mondiale), c'est qu'il empiète la souveraineté des Etats, particulièrement ceux en développement, en brisant leur monopole de privilège de juridiction en internationalisant le contentieux éventuel avec les investisseurs étrangers. Le triomphe de l'arbitrage CIRDI comme mode privilégié de règlement des différends correspond à une vision économique du monde³⁵¹. Un aspect important, qui mérite d'être souligné, c'est que l'arbitrage a permis, selon l'expression d'un éminent auteur, de « dépolitiser³⁵² » les litiges et le contentieux relatifs aux investissements étrangers. Malgré le caractère explicite de la convention qui consacre « *la nécessité d'un consentement mutuel pour la saisine*³⁵³ », il faut dire que dans la pratique, les juridictions nationales sont exclues pour connaître du contentieux Etat-investisseur³⁵⁴. La particularité de la Convention de Washington c'est d'être un instrument essentiellement procédural dont la technicité est manifeste.

3) La technicité et la diversité des procédures

100. Conçue comme instrument et technique juridique de règlement des différends de la vie des affaires, dans les pays développés, l'arbitrage constitue dans les pays d'Afrique de l'ouest un instrument dont les différents États ne parviennent pas à saisir tous les contours tant il fait intervenir des mécanismes, des pratiques et des procédures qui ne sont pas dans les pratiques juridiques habituelles de cette région³⁵⁵. L'arbitrage commercial et l'arbitrage

³⁵⁰ Voir Eisenmann F., « *La double sanction prévue par la Convention de la BIRD, en cas de collusion ou d'ententes similaires entre un arbitre et la partie qui l'a désigné* », AFDI, 1977, p.436

³⁵¹ Triomphe du libéralisme économique et des instruments du marché qui sont devenus planétaires. Cela a eu des conséquences sur le règlement des différends qui a tendance à s'uniformiser à travers l'arbitrage ad-Hoc et institutionnel.

³⁵² L'expression est du célèbre juriste M. Ibrahim Shihata ancien conseiller juridique de la Banque Mondiale dans « *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes : the Roles of ICSID and MIGA*, » 1 ICSID Rev.-FILJ 1 (1986)

³⁵³ Voir art. 26 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant CIRDI

³⁵⁴ Voir Ben Hamida(W.) *L'arbitrage transnational unilatéral-Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*. Thèse Paris II Assas, 2003

³⁵⁵ Toutefois, l'Afrique de l'Ouest cesse d'être un « ilot d'ignorance » en matière d'arbitrage comme mode de règlement des litiges en matière de règlement des différends. Cette conception de « légitimation » de l'arbitrage africain se traduit sur le plan intercommunautaire par la mise en place de la Cour Commune de justice d'arbitrage qui siège à Abidjan (Côte d'Ivoire) lors du Traité de Port Louis (Ile Maurice) en 1993. Cette juridiction communautaire conçue pour régler les litiges commerciaux d'ordre contractuel initialement, se montre compétent pour régler les litiges relatifs aux investissements. Selon l'auteur Gaston Kenfack Douajni « *l'instrument relatif à l'investissement qui sert de fondement à l'arbitrage dans ce contexte est, soit une loi relative à l'encouragement ou à la protection des investissements unilatéralement adoptée par un Etat, soit un traité bilatéral ou multilatéral d'encouragement ou de protection des investissements auquel cet Etat est partie* » Voir G. K. Douajni « *L'arbitrage CCJA et les litiges relatifs aux investissements* » pp.261-282 in « *L'arbitrage en matière commerciale et des investissements en Afrique* » Sd de G.K.Douajni Actes du Colloque organisé par l'Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique(APAA) les 13 octobre et le 1^{er} novembre 2013 à Yaoundé(Cameroun) p. 265 . De même, la « légitimation » de l'arbitrage communautaire africain se traduit par la référence dans les instruments juridiques nationaux relatifs aux investissements étrangers à l'instar de celui du Mali qui dispose dans son article 29, que : « *Le recours à l'arbitrage se fera suivant l'une des*

d'investissement sont des techniques juridiques originales souvent vantées pour leur rapidité, souplesse procédurale, confidentialité et absence de publicité contrairement aux procès³⁵⁶. Toutefois, à la faveur de l'évolution du droit des investissements, les errements jurisprudentiels du CIRDI à propos de la définition de l'investissement, l'autorité des clauses compromissoires consacrant la compétence du CIRDI, la détermination de la nationalité et l'identité des parties, la nécessité d'épuiser les voies de recours internes, l'arbitrage a les mêmes inconvénients que la justice interne³⁵⁷.

101. Ces hypothèses complexes (à la faveur de la mondialisation financière et le regroupement des entreprises en firmes géantes, holdings avec des filiales éparpillées à travers le monde) compliquent la procédure et la détermination réelle des parties en différends. Elles se sont posées dans le contentieux CIRDI intéressant les pays d'Afrique. Le professeur Saidou Nourou Tall le résume succinctement ainsi :

« Le schéma initial opposant l'Etat à l'investisseur est rendu plus complexe par les divers montages juridiques. La société qui investit, peut créer des filiales pour exécuter l'opération d'investissement, ou former une entreprises conjointes ou joint-venture avec des sociétés locales³⁵⁸. Il en résulte la possibilité d'intervention dans les accords postérieurs, des sociétés filiales aux cotés de la société-mère. Incidemment, cette hypothèse s'est vérifiée dans une affaire opposant un État à une société italienne agissant de son propre chef et pour le compte d'une société suisse détenant 10% des actions saisies par l'Etat congolais³⁵⁹. La réponse du Tribunal, empreinte de sagesse, révèle, en l'espèce, l'existence d'une stipulation pour autrui entre AGIP(le stipulant), la société suisse (tiers-bénéficiaire) et le gouvernement congolais(le promettant). Ces montages, à l'initiative des parties, compliquent à loisir les différends soumis »³⁶⁰.

102. Finalement, l'arbitrage présente les mêmes inconvénients que le système judiciaire traditionnel qu'il est censé corriger. Malgré la clarté voulue par la Convention du CIRDI qui détaille bien la procédure, pour, éventuellement, mettre en accord les parties quant à la demande d'arbitrage, et selon laquelle *« Un État contractant ou le ressortissant d'un État contractant qui désire entamer une procédure d'arbitrage doit adresser par écrit une requête à cet effet au secrétaire général, lequel en envoie copie à l'autre partie.(2) La requête doit*

procédures ci-après : la procédure de conciliation et d'arbitrage découlant soit d'un commun accord entre les parties, soit d'un Accords bilatéraux conclus entre la République du Mali et l'Etat dont l'investisseur est ressortissant ; les dispositions de la Convention du 18 mars 1965 créant le CIRDI... ;l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 par l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique(OHADA) », de la Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali

³⁵⁶Voir Roche Jacques-J L'arbitrage : dessaisissement des pouvoirs régaliens ?, in Gestion des risques internationaux SD, Ed Economica, 2001, Paris, pp-277-288, p.282

³⁵⁷Le mécanisme qu'on considère comme rapide, efficace et adapté a fini par avoir les mêmes inconvénients que la justice classique (lenteur, cherté pour les pays en développement et surtout technicité de la procédure.

³⁵⁸Voir Maritime International Nominees Establishment/République de Guinée (N°ARB/84/4), sentence du 6 janvier 1988 ; S.A.R.L. Benvenuti&Bonfante/République du Congo (N°ARB/77/2), sentence du 8 aout 1980.

³⁵⁹Voir A.G.I.P.S.p.A.c/République du Congo (N°ARB/77/1), sentence du 30 novembre 1979, R.C.D..I.P. 1982, N°1, pp.92-109, note Batiffol

³⁶⁰Voir Tall (Nourou S.), « L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers/ Les États d'Afrique Subsaharienne devant le Tribunal du CIRDI », Revue EDJA N°56 Janv.-Fév.-Mars 2003,pp 53-83,p.57

contenir des informations concernant l'objet du différend, l'identité des parties et leur consentement à l'arbitrage conformément aux règles de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage.(3) *Le Secrétaire général doit enregistrer la requête sauf s'il estime au vu des informations contenues dans la requête que le différend excède manifestement la compétence du Centre. Il doit immédiatement notifier aux parties l'enregistrement ou le refus d'enregistrement.*³⁶¹ ».

103. Il en est de même, quant à la « constitution du Tribunal³⁶² ». Le tribunal CIRDI juge des différends relatifs à l'investissement. Précisément des « *différends d'ordre juridique en relation directe avec un investissement*³⁶³ ». Ceci pose l'étendue des compétences du tribunal instauré par les parties dans le cadre du contentieux de l'arbitrage institutionnel pourtant bien cadré par la Convention de Washington³⁶⁴. La doctrine internationaliste n'hésite pas à parler de « désordre procédural et normatif ». Devant cette évolution marquée par la complexité et la multiplication des procédures tant régionales qu'internationales, un auteur a pu parler à ce propos de « *désordre procédurale et de concurrence des procédures* »³⁶⁵. D'autres motivations sont avancées implicitement pour ne pas soumettre des litiges éventuels à l'arbitrage.

B : Les autres motivations de la réserve envers l'arbitrage

L'arbitrage est un défi pour les pays d'Afrique de l'ouest. C'est un mécanisme cher et coûteux (1), avec des risques liés à la transparence de la procédure (2) et la contestation de l'arbitrabilité des litiges souvent soulevées par les pays d'Afrique de l'ouest (3).

1) Un mécanisme cher et coûteux pour ces pays

104. L'arbitrage que ce soit ad hoc³⁶⁶ ou institutionnel est une justice privée dont l'inconvénient majeur, en tout cas pour les pays en développement est d'ordre financier³⁶⁷. Le

³⁶¹ Voir Convention du 18 mars 1965 portant création du CIRDI art 36 du Chapitre IV « -De l'arbitrage », section 1 –De la demande d'arbitrage »

³⁶² Voir Convention de Washington du 18 mars 1965 Section 2 « de la constitution du Tribunal » les art. 37, 38, 39, 40 précité.

³⁶³ Voir art.25 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant CIRDI. Cet article fondement de la saisine du Tribunal a toujours fait l'objet de controverse portant sur le litige (controverse sur l'existence de l'investissement ou non).

³⁶⁴ Voir Convention du 18 mars 1965 section 3 « Des pouvoirs et fonctions du Tribunal » art. 41,42, 43, 44, 45, 46,47.

³⁶⁵ Ben Hamida(W), pour cet auteur « *L'existence de plusieurs offres d'arbitrage dans des conventions internationales, bilatérales ou multilatérales, peut engendrer des conflits entre les arbitrages Etat-investisseur. Différents offres exprimées dans des instruments variés peuvent viser le même litige alors qu'elles ne sont pas soumises aux mêmes conditions et n'ont pas forcément le même régime juridique* », Voir « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : La concurrence des procédures et les conflits de juridictions », A.F.D.I., 2005 Ed CNRS pp565-602 p.577

³⁶⁶ La cherté de la procédure d'arbitrage dissuade les pays d'Afrique de l'ouest (dont la majorité a le statut de PMA) de soumettre certaines affaires à ce mode de règlement des différends. L'arbitrage ad Hoc est touché par cette cherté procédurière. L'exemple de la CIA de la Chambre de commerce international(CCI) de Paris est édifiant : « *Pour un montant en litige jusqu'à 50.000 \$ USA les frais ci-après sont réclamés :*

-frais administratifs : 2.500\$ USA ;

-honoraires d'un arbitre : 2.500 \$ USA +17% du montant en litige.

droit de l'arbitrage prévoit partout des frais de procédure et d'honoraires à verser aux arbitres³⁶⁸. Par conséquent, c'est aux parties en litiges de financer le procès. Pour ce qui est de l'arbitrage CIRDI les redevances sont institutionnellement fixées : « *Les redevances dues par les parties pour l'utilisation des services du Centre sont fixées par le Secrétaire Général conformément aux règlements adoptés en la matière par le Conseil administratif*³⁶⁹ ». Dans le cadre de procédure de conciliation les redevances dues sont débitées à parts égales aux parties³⁷⁰. Pour l'article 61 donc : « (1) *Dans le cas d'une procédure de conciliation les honoraires et frais de membres de la Commission ainsi que les redevances due pour l'utilisation des services du Centre sont supportés à parts égales par les parties. Chaque partie supporte toutes les autres dépenses qu'elle expose pour les besoins de la procédure* ».

105. Or pour ce qui est de l'arbitrage, le Tribunal fixe un montant et décide de la répartition entre les parties en litiges : dans l'alinéa 2, il est dit que : « *Dans le cas d'une procédure d'arbitrage le tribunal fixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiements desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre . Cette décision fait partie*

Le tarif est dégressif. Par exemple, pour un montant en litige, de 1.000.001,- à 2.000.000,- \$ USA, le coût de l'arbitrage revient à :

-frais administratifs : 16.800,- \$ USA + 0,70% du montant du litige au-delà de 1.000.000,- \$ USA ;

-honoraires d'un arbitre : 11.250,- \$ USA + 0,250 du montant en litige supérieur à 1.000.000,- \$ USA. Il s'agit de montant hors TVA. Les frais peuvent donc être fort élevés. », Voir Doctor Juris Jan Schokkaert « La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux Droit interne-Droit interne Conventions européennes », Bruxelles Ed. Bruylant 2006 232p. p.179

³⁶⁷ Pour Heloise Hervé : « *Les institutions administrant les arbitrages imposent en général divers frais administratifs, y compris des frais d'enregistrement de la requête d'arbitrage. La Chambre internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (« CCI ») calcule les siens en pourcentage du montant réclamé avec un plafond à 500 millions de dollars en litige (soit 113 215 dollars pour l'intégralité de la procédure). De même, l'institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (« SCC ») utilise un barème ad valorem avec un plafond fixé à 60 000 euros de frais administratifs. Par contraste, le (« CIRDI ») perçoit un droit de 25 000 dollars pour le dépôt d'une requête et des frais administratifs se montrant à 32 000 dollars par an après la constitution du Tribunal, cela sans plafond. Les frais administratifs du CIRDI dépendent donc directement de la durée de la procédure. » Voir H. Hervé « Les coûts de l'arbitrage d'investissement : un défi à relever pour la justice arbitrale », pp 193-205, In Colloque « L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la proceduralisation du droit international de l'investissement » SD Arnaud de Nanteuil, Paris Ed A. Pedone, 2015 p. 194*

³⁶⁸ Pour ce qui du CIRDI , en vertu de l'article 14 du règlement administratif et financier et barème des frais de la structure en vigueur au 1^{er} janvier 2013 : « *Un arbitre CIRDI est en droit de recevoir des honoraires de 3 000 dollars par journée consacrée à l'instance* » Heloise Hervé « *les coûts de l'arbitrage d'investissement : un défi à relever pour la justice arbitrale* » pp 193-205 p.195 In Colloque « *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la proceduralisation du droit international de l'investissement* », SD d'Arnaud de Nanteuil , Paris Ed A. Pedone, 2015 p.195

³⁶⁹ Voir Article 59 Convention de Washington du 18 mars 1965 portant création du CIRDI Chapitre IV « *Des frais de procédure* ». L'article 60 de la même Convention dispose à propos des honoraires que (1) « *Chaque Commission et chaque Tribunal fixe les honoraires et frais de ses membres dans les limites qui sont définies par le conseil administratif et après consultation du Secrétaire général. (2) Nonobstant les dispositions de l'alinéa précédent, les parties peuvent fixer par avance, en accord avec la Commission ou le Tribunal, les honoraires et frais de ses membres* ».

³⁷⁰ Même si les investisseurs étrangers (souvent entreprises multinationales, Fonds Souverains Banque Internationales, personnes physiques fortunés sont beaucoup plus riches que les pays d'Afrique de l'ouest souvent ayant le statut de « pays en développement ou le statut de pays les moins avancés etc.

intégrante de la sentence. »³⁷¹. Ainsi les honoraires des avocats, assistants deviennent très chères comparées aux maigres budgets des États. Ce dernier est obligé de suspendre l'exécution du projet (par ailleurs crucial pour le développement du pays/ ou d'une région etc.) pour se consacrer au règlement du litige avec parfois des engagements financiers records en frais de représentation³⁷². De la même manière, la cherté ne concerne seulement la phase procédurale. Celle à posteriori est plus dommageable et risquée financièrement pour la partie défenderesse que constituent les pays en développement³⁷³. En effet, en cas de condamnation à payer des dommages et intérêts, la facture peut dépasser l'entendement et peser lourdement sur les finances publiques nationales et hypothéquant les perspectives de développement d'une certaine manière. Ainsi : « Dans l'affaire Occidental, l'Équateur a par exemple été condamné à indemniser l'entreprise américaine à hauteur de 1 700 000 000 dollars ce qui représente une part substantielle du budget annuel de l'Etat (Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. Équateur, CIRDI ARB/06/11, sentence du 5 octobre 2012 »³⁷⁴.

106. Dans le fond des affaires soumises à l'arbitrage deux voies sont prévues pour les coûts liés au procès. Selon un auteur, il s'agit de : « la méthode anglaise, la partie qui obtient gain de cause s'exonère d'une partie ou de la totalité des coûts (« costs follow the event ») ; selon la méthode américaine, chaque partie doit supporter ses propres coûts »³⁷⁵. L'arbitrage, tel qu'elle est conçue comme solution efficace et appropriée de règlement des litiges dans les relations d'affaires et de partenariat entre États et entreprises étrangères, présente aussi pas mal d'inconvénients, notamment les risques liés à la transparence de la procédure.

2) Les risques liés à la transparence de la procédure et de la sentence

³⁷¹ Voir article 61 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant CIRDI

³⁷² Ainsi dans différentes affaires et procédures d'arbitrage CIRDI : « Les honoraires des avocats et des experts vont de moins d'1 millions de dollars (Patrick Mitchell c. République Démocratique du Congo, aff. CIRDI n°ARB/99/7, 9 février 2004) à 35 millions de dollars par partie (Libananco Holdings Co. Limited c. Turquie, aff. CIRDI n°ARB/06/8, sentence, 2 septembre 2011). En moyenne, ils se situent aux alentours de 4 à 5 millions de dollars (ADC Affiliate limited et ADC & ADMC Management limited c. Hongrie, aff. CIRDI n°ARB/03/16, sentence, 2 octobre 2006, ou les frais de représentation de plus de 7 millions de dollars des demandeurs étaient raisonnables et se situaient d'après l'expérience des arbitres, dans la fourchette prévisible). Ces frais de représentation généralement plus élevés pour l'investisseur qui supporte la charge de la preuve, que pour l'Etat défendeur. Dans l'affaire Libananco c. Turquie, l'Etat a consacré aux honoraires de ses avocats 25 millions sur une dépense totale de 35 millions de dollars, contre 18 millions pour la demanderesse, sur une dépense totale de 25 millions de dollars, cela dans un arbitrage frauduleux, avec des dommages et intérêts en jeu chiffrés par la demanderesse à plus de 10 milliards de dollars », V. Heloise Hervé op cit. p.194 et 195

³⁷³ « Dans l'affaire Plama consortium Ltd c. Bulgarie, la partie demanderesse a été condamnée à payer tous les frais de procédure, y compris les honoraires et frais des arbitres, ainsi que les frais de représentation raisonnables de la partie défenderesse. En l'occurrence, le total des honoraires et frais des arbitres s'élevait à environ 804 000 dollars américains et les frais de représentation de la Bulgarie à sept millions de dollars américains », voir Nassib G. Ziade, « Les frais et dépens dans l'arbitrage CIRDI », in « CIRDI 45 ans après Bilan d'un système », SD de Ferhat Horchani, actes du colloque de Tunis 11, 12 et 13 mars 2010, Paris, Ed Pedone, pp263-276, p.268

³⁷⁴ Voir Robert-Cuendet S. « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investissements étrangers » pp545-578 RGDI tome 120, 2016 n°3 ed A. Pedone p. 549

³⁷⁵ Voir Edoardo Stoppioni « La réparation dans le contentieux international de l'investissement Contribution à l'étude de la restitutio in integrum » Perspectives Internationales, Paris, Ed Pedone, 2014, p. 112

107. Malgré les avancées réelles de l'arbitrage-institutionnel comme un moyen de régulation juridique des contentieux des investissements internationaux, beaucoup de critiques ont été adressées au CIRDI³⁷⁶. Déjà, le droit international demeure une matière très déséquilibrée en faveur de l'investisseur et au détriment des Etats. Le CIRDI participe et renforce, d'une certaine manière, ce déséquilibre. Les pays d'Afrique de l'ouest sont, pour l'essentiel des pays en voie de développement (dépourvus de technologies, savoir-faire et épargne intérieure suffisamment importante) pour amorcer leur décollage économique. C'est la raison pour laquelle, ils comptent sur le partenariat avec les entreprises étrangères et les immenses possibilités qu'offrent l'accueil et la contribution des investissements étrangers dans le développement socio-économique et l'attractivité des territoires. Même si la procédure de l'arbitrage CIRDI est gouvernée par le consentement³⁷⁷ réciproque pour la saisine, il faut dire, que dans les faits et en pratique³⁷⁸, seules les personnes morales, en l'espèce l'investisseur saisit le Tribunal³⁷⁹.

108. Peut-on se demander si la procédure n'est pas biaisée dès le départ ? En effet, les modes de constatation de la preuve ne sont pas suffisants (pas de déplacement sur le terrain/pays de la commission des manquements, agissements et omissions de l'investisseur ou les Etats) pour vérifier réellement la véracité de la prétention des parties. Certaines mesures prises par la puissance publique en vertu de sa Souveraineté et pour le compte de l'intérêt général, mais

³⁷⁶ Outre la cherté de la procédure, à quelques exceptions près, les mêmes arbitres s'y relaient et last but not least, il y a toujours la toute-puissance des investisseurs qui abusent parfois de la procédure. Et parmi les acteurs de l'arbitrage-investissement : l'Etat est toujours défendeur dans la procédure. Il a aussi tendance pour se protéger de la procédure à multiplier les exceptions d'incompétence. La professeure Geneviève B. Burdeau n'hésite pas à dire à ce propos que le « CIRDI se trouve confronté à la stratégie des acteurs du système qui sont essentiellement les investisseurs ..., que les investisseurs ont quelquefois des stratégies assez perverses. De leur côté, les Etats, ont, eux une attitude qui est évidemment différente, qui tient à leur position défensive dans l'arbitrage qui est essentiellement un arbitrage par requête unilatérale », voir Geneviève B. Burdeau, Rapport de synthèse, in Le CIRDI 45 ans après Bilan d'un système SD de Ferhat Horchani Actes du colloque de Tunis 11,12 et 13 mars 2013, pp.429-443, pp.438-439. Malgré sa légitimité comme enceinte de règlement des différends relatifs aux IDE, le « Centre » ne fait pas toujours l'unanimité : en effet, comme déjà évoqué, des pays d'Amérique latine tels la Bolivie, l'Equateur et le Venezuela ont dénoncé la Convention de Washington et s'en sont sortis en bonne et due forme. « La Bolivie avait initié le mouvement en notifiant à la Banque Mondiale son retrait le 2 mai 2007. Deux ans plus tard, le 9 juillet 2009, la Bolivie sera suivie dans sa démarche par l'Equateur. Le Venezuela se joint enfin à cette action le 24 janvier 2012 », Voir Cazala (J.) la Dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI, AFDI LVIII-2012-CNRS ED, Paris, pp.551-565, p.551

³⁷⁷ Voir Convention de Washington du 18 mars 1965 portant CIRDI art.36

³⁷⁸ L'une des innovations majeures de la Convention de Washington relative au CIRDI c'est la « reconnaissance expresse accordée à l'investisseur privé de saisir par requête le Tribunal arbitral » Cette position a été à l'origine du renforcement considérable de la protection juridique et judiciaire de l'investisseur étranger. Toutefois, aussi avancée soit-elle, cette position présente une faiblesse majeure dans le contexte actuel : le monopole de l'intérêt à agir et la qualité à agir par deux acteurs(l'Etat(s) et les entreprises) posent problème dans la mesure où les effets, parfois négatifs de l'investissement étranger, touchent certaines communautés du pays d'accueil de l'investissement, et que ces dernières ont un intérêt réel à agir pour saisir le Tribunal arbitral du fait des agissements d'un investisseur quelconque, mais, ils ne peuvent pas le faire. Ils ont un intérêt légitime, mais ils ont dépourvu de qualité pour ester devant la justice arbitrale. L'évolution des relations économiques internationales avec la prise en compte de facteurs et d'enjeux nouveaux (comme le réchauffement climatique, préservation du bien commun et du patrimoine de l'humanité) doivent pousser à une « recevabilité des requête » « plaintes groupées » intentées par divers groupes ou communautés locales affectées par les pratiques néfastes de certains investissements sur leur environnement immédiat.

³⁷⁹ Voir Saidou N. Tall *L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers : les États d'Afrique subsaharienne devant le Tribunal du CIRDI*, Revue EDJA n°56 Janvier-Février-mars 2003, pp.53-84

qui heurtent « *les attentes légitimes*³⁸⁰ » de/des(l)'investisseur(s) ne sont pas à l'abri d'une procédure en bonne et due forme, en vertu de la Convention du 18 mars 1965. Il s'y ajoute que la procédure et le fond n'examinent pas toujours avec la profondeur requise certaines allégations de la part de pays faisant l'objet d'attrait devant le CIRDI du fait des mesures prises en cas de crise³⁸¹. De même qu'il y a des défis concernant la garantie d'une procédure équitable, il y a pas mal de remarques à faire sur la/les Sentence³⁸²(s) prononcées par le Tribunal. Les sentences, certes dispensées d'exéquatur, ne sont pas définitives et sont attaquables de différentes manières : Ainsi, il est consacré dans l'article 50 que celle-ci peut faire l'objet d'une « *demande en interprétation adressée au secrétaire général*³⁸³ », de l'article 51 : d'une « *demande par écrit adressée au secrétaire général pour révision en raison de la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive sur la sentence*³⁸⁴ » et même, l'article 52 « *demande, par écrit au secrétaire général l'annulation de la sentence pour ...des motifs suivants*³⁸⁵ ».

109. Les pays d'Afrique de l'ouest ont abondamment utilisés différentes demandes concernant la sentence. Les demandes concernent la révision³⁸⁶, mais aussi les plus utilisées

³⁸⁰ La notion « d'attente légitime » montre le caractère évolutif des principes qui régissent le droit international des investissements, mais aussi, la protection accrue accordée à l'investisseur (à travers ce standard) pour lui permettre de jouir des fruits de son investissement. Pourtant, ce principe a une existence longue : « *Ce concept ancien appliqué par exemple en 1905 dans l'affaire Aboilard (S.A du 26 juillet 1905) (France c. Haïti), RSA, vol. XI, p. 80 : « Il y a eu (...) faute grave de la part du gouvernement lui-même, ont entraîné un préjudice dont réparation est due ») se trouve également dans la jurisprudence arbitrale contemporaine* », voir Daillier, P., Forteau M. et Pellet, A. Droit international public, 8^e éd. LGDJ 2009, p. 1217

³⁸¹ C'est le cas de l'affaire opposant la *Compania de Aguas del aconquija S.A. et Vivendi Universal* (ex Compagnie générale des Eaux) c. *République d'Argentine* (2000) Affaire n°ARB/97/3, 3 juillet 2002 où le différend entre les parties a trait à l'interprétation et à l'exécution d'un contrat de concession signé en 1995 pour une durée de 30 ans relatif à l'exploitation du réseau de distribution et d'assainissement des eaux de la province de Tucuman. Dans le cas d'espèce, la prétention de l'Argentine, la procédure de saisine du Tribunal CIRDI est hâtive dans la mesure où, la compétence du Tribunal administratif de Tucuman était prioritaire pour connaître des litiges naissant du contrat de concession et non du TBI signés entre la France et l'Argentine le 3 juillet 1991. Concrètement, cette décision pose de façon ferme la séparation nette entre le principe de la séparation entre les prétentions qui relèvent de la sphère contractuelle et les demandes qui ont pour sphère l'international et ayant leur fondement dans le droit international des investissements. Le tribunal rejette cette assertion en estimant que : « *les prétentions des demandeurs n'ont pas été soumises à la compétence des juridictions administratives de la Province de Tucuman pour la seule raison que, par hypothèse, ces demandes ne sont pas fondées sur le contrat de concession mais reposent sur un droit d'action découlant du BIT* », voir Fouret (J.) & Khayat (D.) Recueil des Commentaires des Décisions du CIRDI (2002-2007), ed. Bruylant 2009, p. 41

³⁸² Selon la Convention du 18 mars 1965 établissant le CIRDI dans son article 48 : « (1) Le Tribunal statue sur toute question à la majorité des voix de tous ses membres. (2) La sentence est rendue par écrit ; elle est signée par les membres du Tribunal qui se sont prononcés en sa faveur. (3) La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumises au Tribunal et doit être motivée. (4) Tout membre du Tribunal peut faire joindre à la sentence son opinion particulière- qu' il partage ou non l'avis de la majorité -soit la mention de son dissentiment. (5) Le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties »

³⁸³ Voir art. 50 qui complète en soulignant : « *La demande est, si possible, soumise au Tribunal qui a statué. En cas d'impossibilité, un nouveau Tribunal est constitué à la section 2 du présent chapitre. Le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, décider de suspendre l'exécution de la sentence jusqu'à ce qu'il se soit prononcé sur la demande en interprétation* », Voir art. 50 Convention de Washington établissant le CIRDI

³⁸⁴ Voir art 51 de la Convention de Washington du 18 mars 1965

³⁸⁵ Voir l'art. 52 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 relative au CIRDI

³⁸⁶ Voir Affaire *Liberian Eastern Tumber Corporation c/République du Libéria* (N°ARB/83/2) où la Sentence du 31 mars 1986 a fait l'objet d'une rectification d'erreur par une sentence du 10 juin 1986

restent les demandes d'annulation³⁸⁷. De même qu'il y est consacré l'interprétation de la sentence, il y a eu des « *opinions dissidentes*³⁸⁸ » dans les décisions rendues par le Tribunal CIRDI qui concerne des pays d'Afrique de l'ouest. Devant la légitimité de plus en plus croissante de « *système CIRDI* » et de la contribution de la jurisprudence du « *Centre* » en matière d'investissement³⁸⁹, les pays en développement, particulièrement, ceux d'Afrique de l'ouest n'hésitent pas à contester dans le principe, l'arbitrabilité de certains litiges.

3) La contestation de l'arbitrabilité des litiges : l'argument de l'incompétence du CIRDI

110. L'arbitrage institutionnel CIRDI présente une bizarrerie juridique. En effet, entre les deux acteurs reconnus comme ayant la capacité de saisine sur des « *litiges en relation directe avec un investissement* », rappelons que les États sont toujours défendeurs³⁹⁰, tandis que les investisseurs sont toujours demandeurs³⁹¹. La question de l'arbitrabilité ou non du litige éventuel constitue, d'une certaine manière, une insuffisance manifeste de la convention CIRDI qui est essentiellement procédurale. La Convention n'a aucun contenu substantiel sur l'investissement étranger et ses différents aspects (principes et normes de traitement et de

³⁸⁷ Voir Affaire *Klochner c. Cameroun* (N°ARB/81/2) où le Cameroun a obtenu gain de cause de sa décision d'annulation de la sentence pour motif « *d'excès de pouvoir manifeste* » 1^{er} procédure d'annulation (1^{er} février 1984).

³⁸⁸ Voir l'opinion dissidente de l'arbitre sénégalais M. Kéba Mbaye dans l'affaire d'arbitrage CIRDI *SOABI c. République du Sénégal* (N°ARB/82/1), sentence du 25 février 1988 où le Sénégal a été condamné à payer des dommages et intérêts dans cette affaire relative à la signature d'un contrat entre la Société SOABI et l'Etat du Sénégal pour la construction de 15 000 logements.

³⁸⁹ Le CIRDI est devenu- aujourd'hui- une enceinte incontournable en matière d'arbitrage Etat-investisseur. Dans les législations internes relatives aux investissements (Code des investissements) et les Traités Bilatéraux d'investissement ont y fait référence à la « *Clause CIRDI* » concernant les litiges éventuels. Parlant « *d'universalisme* », le professeur F. Horchani note et souligne : « *Sur les 2600 traités bilatéraux d'investissement existants, un nombre important (plus de 1200 sans doute) prévoient une clause CIRDI soit à titre alternatif soit à titre exclusif. Un nombre de plus en plus important de législations nationales incluent des clauses prévoyant l'arbitrage du CIRDI* », Voir Horchani F. Rapport introductif in CIRDI 45 ans après SD de Horchani Actes du colloque de Tunis 11,12 et 13 mars 2010, ED A. Pedone, pp.17-39, p.23 Un auteur le professeur Emmanuel Gaillard embouche la même trompette que. M. Horchani pour noter l'importance majeure qu'a prise l'arbitrage CIRDI sur le fondement des TBI Il affirme : « *Il reste que le phénomène le plus marquant de l'histoire du CIRDI a été le développement spectaculaire qu'a connu récemment l'arbitrage sur le fondement d'instruments de protection des investissements dans lesquels le consentement de l'Etat d'accueil et celui de l'investisseur sont dissociés* », Voir Gaillard (E.) La jurisprudence du CIRDI, ED A. Pedone, Paris 2004, p.2

³⁹⁰ Exception faite par la République du Gabon qui a saisi le 5 octobre 1976, le CIRDI d'une requête contre la Société française Serete (N°ARB/76/1) pour une affaire de construction de maternités. Ce litige a trouvé une solution à l'amiable le 27 février 1978. Cité par Saidou N. Tall p. 54

³⁹¹ C'est le sens de la nouveauté de la procédure d'arbitrage CIRDI « reconnaître et introduire » la personne morale privée dans le contentieux international relatif aux investissements étrangers. C'est la raison pour laquelle,, conçue dès le départ comme une enceinte accordant un traitement « non-discriminatoire dans les différends portés devant le Centre, Ce dernier a renforcé au fil des années sa jurisprudence, en y ajoutant et systématisant des « principes hautement protecteur » qui profitent, certes à l'environnement des investissements, mais plus aux investisseurs étrangers.

protection etc.). Cette absence de définition conventionnelle constitue une insécurité juridique pour les pays d'accueil de l'investissement international³⁹².

111. Les pays d'Afrique de l'ouest posent souvent, dans les procédures où ils sont impliqués, comme moyen de défense le non épuisement des voies de recours internes³⁹³ et l'argument fondée sur l'incompétence³⁹⁴. Les pays d'Afrique de l'ouest se fondent souvent sur la compétence *rationae personae*³⁹⁵, mais aussi la compétence *rationae materiae* pour enlever tout caractère d'investissement à la nature du litige en cause³⁹⁶. Ce moyen de défense a été avancé par le Sénégal dans une procédure au CIRDI. Ainsi, dans l'affaire SOABI C. Gouvernement du Sénégal³⁹⁷, ce dernier a soulevé :

*« l'incompétence du Centre au motif d'une part que la SOABI étant contrôlé par une société de droit panaméen, elle ne remplirait pas la condition de nationalité requise par l'article 25(2) b in fine de la Convention de Washington et d'autres part que l'Etat du Sénégal n'aurait pas consenti à la compétence du Centre pour connaître du litige relatif à la construction des 15 000 logements prévus par des contrats en date des 24 juillet et 17 septembre 1975, la clause d'arbitrage CIRDI n'étant prévu que par un contrat en date du 3 novembre 1975 intitulé « convention d'établissement relative à une usine de préfabrication d'éléments en béton armé » dont l'objet, selon le Gouvernement, serait limité à la construction de l'usine de préfabrication des éléments devant servir à l'édification de ces logements »*³⁹⁸ Le Tribunal mis en place statuant à l'unanimité le 19 juin 1984 a tranché le moyen fondé sur l'incompétence en estimant :

« que le contrôle exercé indirectement par des ressortissants d'Etats contractants (Belges, français et suisses) sur la SOABI par l'intermédiaire de la Société panaméenne dont ils sont actionnaires et qui, elle-même, contrôle la société de droit local, suffisait à satisfaire à la

³⁹² Beaucoup de pays essayent de s'en prémunir en essayant de dresser un « listing » des investissements qu'il souhaite éventuellement soumettre au contentieux et les investissements dont ils admettent qu'ils ne peuvent pas faire l'objet de connaissance de la part du Tribunal.

³⁹³ La Convention de Washington établissant le CIRDI pose le consentement à l'arbitrage par le biais de l'article 26. Même, en matière d'investissement international, il y a un lourd héritage fondée sur la « protection diplomatique (dont les pays exportateurs de capitaux ont toujours pratiqués pour défendre leurs ressortissants) et la controverse liée à l'épuisement des voies de recours internes (dont les pays receveurs d'investissements) ont toujours fait cas pour affirmer leur souveraineté dans la procédure relative au règlement des différends. Il n'est pas exclu parfois qu' un « Etat peut faire dépendre son consentement de l'épuisement de tout ou partie des voies de recours disponibles dans son ordre interne », Voir Laviee J-P Protection et Promotion des investissements Etude de droit international économique, Ed PUF, 1985, p.286

³⁹⁴ Les pays d'Afrique en général et d'Afrique de l'ouest ont fait valoir ce moyen de défense dans certaines affaires qui les ont opposés aux investisseurs étrangers : Voir Cirdi N° ARB/74/1 Adriano Gardella Spa .c/République, sentence du 29 août 1977 ; CIRDI N° ARB/97/8 Compagnie Française pour le développement des fibres Textiles c/République de Côte d'Ivoire, Sentence du 4 avril 2000

³⁹⁵ Là il s'agit pour l'Etat de contester la Nationalité de la personne morale en face pour échapper aux dispositions de l'article 25 de la Convention qui dispose :

³⁹⁶ Voir Affaire SOABI c. Etat du Sénégal CIRDI chroniques des sentences arbitrales, JDI, 1 1990

³⁹⁷ Le 5 novembre 1982, la Société Ouest Africaine de Bétons Industriels(SOABI), société de droit sénégalais contrôlée par des intérêts étrangers , a saisi le CIRDI d'une requête d'arbitrage tendant à voir condamner la république du Sénégal à lui payer une somme de 5.048.688.689 francs CFA en réparation du préjudice qu'elle aurait subi du fait de la rupture par le Gouvernement d'un contrat de construction de 15 000 logements sociaux » Voir Gaillard (E.) CIRDI Chroniques des sentences arbitrales, J.D.I., 1, 1990 p. 193

³⁹⁸ Voir Gallaird (E.) précité.p. 193.

condition que la filiale de droit local considérée par les parties comme « ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des « intérêts étrangers » au sens de l'article 25(2)(b) in fine de la Convention de Washington »³⁹⁹.

110. Au terme de la procédure (pour ce qui fut la première expérience du Sénégal pour le contentieux d'arbitrage lié à l'investissement, le Tribunal « *condamne le Gouvernement du Sénégal à procéder au remboursement des avances faites au Centre par la SOABI en substitution du Gouvernement partiellement défaillant* »⁴⁰⁰. Dans cette affaire, ce qui a le plus défrayé la chronique, c'est l'opinion dissidente de M. Kéba Mbaye⁴⁰¹. Cette opinion dont la teneur est parlante et en dit long sur le déséquilibre procédural et les rapports entre les pays d'Afrique de l'ouest et les investisseurs étrangers. L'arbitre défenseur des intérêts du Sénégal souligne : « *la division du Tribunal, faisant coïncider les nationalités ou l'appartenance géographique des juges avec les intérêts des parties, puisse faire penser, à tort, à la manifestation de deux sensibilités différentes sur des problèmes mettant en évidence les rapports conflictuels entre pays en développement et investisseurs étrangers ...* ». Il relève aussi « *Comme le précise l'article 25 de la Convention, quand un différend oppose un État contractant à une personne morale qui possède sa nationalité, la compétence du CIRDI ne peut exister que dans la mesure où les parties sont convenues de considérer la personne morale en question comme ressortissant d'un autre État contractant, en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers. « Il est évident que les « intérêts étrangers » en question en peuvent concerner que ceux d'un État partie à la Convention. En effet, il ne s'agit pas de considérer comme national de la Suisse (Etat contractant) une société sénégalaise contrôlée par des intérêts panaméens (le Panama n'étant pas un État contractant). Or au moment où les parties donnaient effet à l'article 25, paragraphe 2(b) dans la convention d'établissement du 3 novembre 1975, la Société Flexa apparaissait, par la faute des formateurs de la SOABI, comme une société ayant son siège social en suisse, autre État contractant de la Convention. Par contre le Panama (où la Société Flexa a effectivement son siège social) n'étant pas un État contractant, c'est à bon droit que le Sénégal a soulevé le moyen pris de ce que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la Convention »*⁴⁰². La protection des investissements étrangers par un système d'arbitrage-

³⁹⁹Voir Gaillard (E), p.193

⁴⁰⁰Dans la logique des sanctions, le Tribunal « *Tout en assortissant certaines de ces condamnations (réparation des pertes au titre de frais généraux et immobilisations et remboursement des versements au Centre) d'un intérêt compensatoire de 10% par an jusqu'au 15 janvier 1988, le Tribunal arbitral condamne également le Gouvernement « à payer à la SOABI les intérêts moratoires qui pourraient être dus en application du droit sénégalais sur le montant auxquels le Gouvernement a été condamné.* » , Voir Gaillard (E.) ibid p. 202

⁴⁰¹Cet ancien président de la Cour suprême du Sénégal, ancien juge de la CIJ à la HAYE et juge du Tribunal arbitral du Sport et membre du CIO, arbitre désigné du Sénégal dans le litige opposant ce pays à la SOABI déplore : « *la division du Tribunal, faisant coïncider les nationalités ou l'appartenance géographiques des juges avec les intérêts des Parties, puisse faire penser, à tort, à la manifestation de deux sensibilités différentes sur des problèmes mettant en évidence les rapports conflictuels entre pays en développement et investisseurs étrangers* » , voir Gaillard (E.) CIRDI Chronique des sentences arbitrales, JDI, 1 1990, p.202

⁴⁰²Voir Kéba Mbaye cité p. Gaillard (E) p. 202 L'arbitre Sénégalais conclut en ces termes : « *Voilà les raisons pour lesquelles je n'ai pas pu m'associer à la sentence prononcée par le Tribunal arbitral constitué en application de la Convention de Washington pour connaître du différend opposant la Société Ouest-africaine des bétons industriels(SOABI) à la république du Sénégal. La Convention de Washington est une contribution au développement des pays pauvres. En effet, elle tend notamment à renforcer le sentiment de sécurité juridique dont les investisseurs qui participent au développement économique et social dans les pays du Tiers-monde ont*

institutionnel dans les pays d'Afrique de l'ouest est aussi accompagnée d'un autre mécanisme international qu'est la Garantie contre les risques politiques fondé par le traité de Séoul du 11 octobre 1985.

Section 2 : L'adhésion aux instruments internationaux de garantie et de promotion internationale

111. La Garantie contre les risques politiques a toujours été un instrument des pays développés exportateurs de capitaux dans leurs politiques et stratégies d'investissement de leurs entreprises à l'international⁴⁰³. Par conséquent, pendant longtemps, elle a été un monopole des pays du Nord pour sécuriser le déploiement de leurs firmes dans les pays en développement. Toutefois, il peut arriver que dans certaines régions du monde, les États peuvent négocier et conclure un traité en vue de la mise sur pied une structure régionale ou interrégionale de garantie contre les risques et de promotion des investissements interrégionaux⁴⁰⁴. L'Afrique en général -et les pays d'Afrique de l'ouest en particulier sont essentiellement receveurs d'investissements⁴⁰⁵ - n'a pas élaboré une structure de garantie contre les risques politiques des investissements étrangers. Cela a posé pas mal de problèmes et des difficultés.

112. En effet, malgré ses immenses atouts et potentialités économiques, l'Afrique de l'ouest a toujours été victime et pâtit encore de l'image que la communauté internationale des

besoin pour pouvoir engager leurs capitaux dans de telles entreprises. L'acceptation par les États d'une clause arbitrale permet en effet aux entreprises appelées à contracter avec eux d'échapper aux difficultés qui peuvent résulter du recours aux juridictions nationales. Mais en même temps, il ne faut pas oublier que pour autant que les États acceptent d'encourager tout concours à leur effort de développement, l'on n'en doit pas moins observer scrupuleusement le principe selon lequel c'est par leur consentement et par leur consentement seul, donné sans équivoque, qu'ils renoncent à la compétence de leurs propres juridictions » voir p.205

⁴⁰³ Voir Ibrahim F.I. Shihata MIGA and Foreign Investment Origins, operations, policies and basic Documents of the Multilateral Investment Guarantee Agency, ED Martinus Nijhoff Publishers 1988

⁴⁰⁴ Il s'agit de la Convention adoptée à Koweït le 28 mai 1971 ratifiée en 1980 par dix-neuf Etats. Le préambule affirme que : « Les pays arabes désireux de renforcer leurs relations économiques dans le cadre d'une coopération effective ; agissant en vue de promouvoir la circulation des capitaux entre leurs territoires pour financer leurs efforts de développement au bénéfice de leurs peuples ; Et soucieux d'assurer une telle garantie contre les risques non commerciaux qui peuvent affecter les investissements inter-arabes et dont il est difficile pour l'investisseur de se prémunir par d'autres moyens » L'objet de la Convention selon l'Art.2 al 1 : « est de fournir une assurance aux investisseurs arabes sous la forme d'une compensation raisonnable des pertes résultants des risques non commerciaux tels qu'ils sont définis à l'article 18. Al. 2 souligne : « Dans le but de promouvoir les investissements entre les pays membres, la Compagnie exerce toutes activités complémentaires à son objet principal et en particulier la promotion de la recherche en vue de déterminer les possibilités et les conditions d'investissement dans lesdits pays. »

⁴⁰⁵ Les pays d'Afrique de l'ouest ont tous le Statut de pays en développement avec des variables composées de (pays à revenu intermédiaire, et pays les moyens avancés à l'OMC). Ces pays dépourvus de capitaux, technologies et de savoir-faire sont essentiellement des pays receveurs d'IDE. N.B. On assiste timidement à l'investissement de pays comme le Nigéria, à l'émergence d'IDE intra-africains, par le biais des secteurs de service Telecom et surtout secteur bancaire et du Groupe Nigérien « Dangote Cemen », de l'homme le plus riche d'Afrique Aliko Dangote, qui ont implanté beaucoup d'activités dans les autres pays d'Afrique de l'ouest.

investisseurs la percevait. Celle d'un continent très risqué⁴⁰⁶, chaotique et instable où il est particulièrement déconseillé de s'implanter ou d'y faire des affaires et du Business. C'est la raison pour laquelle, pendant longtemps, les investisseurs étrangers avaient une stratégie d'investissement à court terme fondée sur la captation des ressources naturelles stratégiques dont cette partie du monde regorge. Par conséquent, rares étaient les démarches à long terme consistant à implanter des industries et des capacités de production du fait de la précarité extrême de l'environnement juridique relatifs aux investissements étrangers et de l'instabilité institutionnelle et politique⁴⁰⁷.

113. Le mérite, et l'un des acquis avec la Convention de Séoul créant l'AMGI⁴⁰⁸, c'est que cette structure internationale a comblé un vide juridique sur le plan international, mais aussi sur le plan régional et dans chaque pays d'Afrique de l'ouest. La Convention de Séoul souligne, en parlant des objectifs, que :

« L'Agence a pour objectif d'encourager les flux d'investissement à des fins productives entre les États membres, en particulier vers les États membres en développement, complétant ainsi les activités de la banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (ci-après dénommée la Banque), de la Société Financière Internationale et d'autres institutions internationales de financement du développement

A cet effet, l'Agence :

- a) Délivre des garanties, y compris par des opérations de coassurance et de réassurance, contre les risques non commerciaux pour les investissements d'Etats membres dans un autre État membre ;*
- b) Contribue, par des activités complémentaires appropriées, à promouvoir les flux d'investissement vers et entre les États membres en développement ; et*
- c) Exerce tous autres pouvoirs implicites nécessaires ou favorables à l'accomplissement de son mandat »⁴⁰⁹.*

L'Agence, de par son existence, a contribué à atténuer le risque juridique et politique en Afrique puisqu'étant un structure de la Banque Mondiale. Il sera question pour son examen de

⁴⁰⁶Voir CNUCED Nations-Unies L'investissement direct étranger en Afrique, N-U New York et Geneve, 1995, p.89

⁴⁰⁷Voir Ibrahim Shihata ancien vice- président de la Banque Mondiale Factors Influencing the flow of foreign investment and the relevance of a Multilateral Investment Guarantee Scheme, 21 Int'l Law. 671(1987), Voir aussi Marois (B.) le *Risque-pays*, ed PUF 1990.

⁴⁰⁸Art 4 dispose que : « a) *L'adhésion à l'Agence est ouverte à tous les États membres de la Banque.* » et Art 5 « capital » de la Convention de Séoul pose le principe de la répartition du capital sur la base de la pondération sur la base de DTS en soulignant a) « *Le capital autorisé de l'Agence est de 1 milliards de Droits de tirage spéciaux (DTS 1 000 000 000). Il est divisé en 100 000 actions, d'un pair de DTS 10 000, qui peuvent être souscrites par les États membres....* » ; L'al b) pose le principe d'une augmentation de capital à chaque adhésion d'un État : « *Le capital est augmenté lors de l'adhésion d'un nouvel État membre dans la mesure où le nombre d'actions jusque-là autorisé est insuffisant pour que le nouvel État membre puisse souscrire le nombre d'actions prévu à l'art.6 ...* »

⁴⁰⁹Voir article 2 « *objectifs et fonctions* » Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'AMGI. Ce dernier souligne que « *Dans toutes ses décisions, l'Agence s'inspire des dispositions du présent article.* »

la vision de l'investissement dégagée par la Convention de Séoul de 1985 favorable aux pays de la région. (§. 1), En se posant la question de savoir aussi en quoi la Convention de Séoul de 1985 instaure une pratique de la garantie contre les risques non commerciaux favorable aux pays de la région (§.2).

Q- Paragraphe 1 : La convention de Séoul de 1985 créant l'AMGI : une vision de la protection de l'investissement favorable aux pays de la région

114. La Convention portant AMGI a créée une Organisation économique internationale dont la vocation est universelle. Toutefois, dans la pratique, les orientations et les préoccupations de celle-ci se sont tournées vers la couverture des besoins des pays en développement. Ici, nous tenterons d'évoquer la Garantie à travers l'approche originale du concept d'investissement (A). Mais aussi, la garantie par l'approche de la couverture bénéfique pour les pays en développement (B).

A : Par l'approche originale du concept d'investissement

115. Cette approche s'est traduite par la nécessité de garantir des investissements utiles aux pays en développement (1). Il y a aussi le traitement des questions de développement dans cet instrument conventionnel international (2).

1) La garantie : une pratique réservée aux investissements utiles au développement

116. L'idée de sécuriser et d'assurer une assurance contre les risques non-commerciaux de diverses natures a toujours été une pratique nationale des pays très avancés économiquement et qui ont eu besoin d'accompagner leurs entreprises à l'international. C'est une pratique qui est fonction du niveau et des avancées en matière de développement et de capacités financières d'un pays⁴¹⁰. L'Agence non seulement constitue une innovation majeure sur le plan universel, mais est venue dans un contexte marqué toujours par l'insécurité juridique, la nécessité d'IDE et surtout ceux favorables au développement durable⁴¹¹. Cette nécessité de

⁴¹⁰ D'ailleurs ce n'est plus un monopole des pays avancés de l'OCDE ou du Nord, il y a la Chine et certains pays émergents qui disposent de leurs propres structures de garantie contre les risques et d'assurance investissement à l'extérieur. Sur ce point, les insuffisances de l'assurance privée à assurer les risques liés aux IDE a conduit les pays développés à concevoir leurs propres stratégies en la matière. Les auteurs Denis Tersen et Jean-Luc Bricout le résumant ainsi : « *L'incapacité du marché à assurer des investissements contre le risque politique sur une durée longue a conduit les pays industrialisés à développer des régimes d'assurance-investissement privé public, qui peuvent accompagner l'investisseur sur 15 ou 20 ans. Les mêmes organismes sont parfois en charge à la fois de l'assurance-investissement et de l'assurance-crédit : c'est le cas en France(Coface), en Italie(SAGE), au Royaume-Uni(ECGD), ou au Japon (EID-MITI). Dans d'autres pays, l'assureur-investissement est distincte de l'assureur crédit : aux Etats-Unis par exemple où l'OPIC assure les investisseurs et l'Eximbank les exportateurs, ou en RFA avec la Treuarbeit pour l'investissement et la Hermes pour l'exportation* », voir Tersen (D.)& Bricout J-L *L'investissement international*, ED. A. Colin 1996, p.218

⁴¹¹ Concept popularisé par les Nations-Unies à travers le Rapport G.H. Brundtland « Notre avenir à tous » de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement. 1987 Il doit répondre : « *aux besoins présents de développement mais sans compromettre l'aptitude des générations futures à couvrir leurs propres besoins* »

légitimation de son action vis-à-vis des pays en développement particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest après l'échec des idéologies progressistes s'est traduite dans le préambule. Ce dernier note et souligne :

« Considérant qu'il est nécessaire de renforcer la coopération internationale pour stimuler le développement économique et d'encourager le rôle joué dans ce développement par les investissements étrangers en général et les investissements étrangers⁴¹² privés en particulier ».

117. Prenant conscience des insuffisances ayant entraîné les mesures prises en défaveur des investisseurs étrangers dans les pays en développement, la nouveauté avec cette nouvelle filiale de la Banque Mondiale c'est qu'elle se veut une Institution qui garantit des investissements ayant forts impacts économiques avec les besoins fondamentaux des pays en développement en général et d'Afrique de l'ouest en particulier. Le texte dans son préambule souligne que les États Contractants : *« souhaitant encourager la fourniture aux pays en développement, à des fins productives, de ressources financières et techniques assorties de conditions compatibles avec leurs besoins, leurs politiques et leurs objectifs de développement, sur la base de normes stables et équitables pour le traitement des investissements étrangers »⁴¹³.*

118. Avec la garantie AMGI, les pays d'Afrique ont la possibilité d'accueillir des investissements étrangers dont ils se seraient passés s'il n'y avait pas cette assurance contre les risques sur le plan international. En effet, l'AMGI vient, d'une certaine manière, équilibrer les choses et les pratiques de garanties, dans la mesure où ce ne sera plus un monopole des gouvernements des pays du Nord qui analysent minutieusement les facteurs de risques avant toute décision d'investir ou d'octroi de la garantie⁴¹⁴. Cette notion d'investissement utile désigne les investissements directs étrangers⁴¹⁵ et exclue de droit et de

V. Rapport p.10. Selon l'auteur français Emmanuelle T. Jouannet *« Il déborde largement de modèle classique du développement pour englober tout un ensemble de pratiques et de principes au service de fins nouvelles (humaine, sociale et environnementale) tout en ayant une dimension globale, concernant le Nord en même temps que le Sud, qu'il n'avait pas auparavant. »*, Voir Jouannet-Tourme (Em.) Le droit international, Ed. PUF, 2013 p.101

⁴¹² Voir Préambule de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant AMGI. Cette convention, qui est le fruit de son contexte, n'a pas voulu faire une distinction entre « investissements étrangers en général et investissements privés en particuliers » Pour elle, tous les investissements sont les bienvenus à la garantie pourvu qu'ils satisfassent aux besoins des pays en développement.

⁴¹³ Voir Préambule Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant AMGI précité.

⁴¹⁴ Voir Carreau (D.) et Juillard (P.) Droit international économique éd Dalloz, 5ed 2013. En France, la structure qui s'occupe de la Garantie contre les risques non commerciaux à l'international est la COFACE. Cette structure établit un système de notation (Rating) du risque-Pays en établissant des notes de A, B, C, D, E qui analysent l'environnement sécuritaire (juridique, économique, politique etc.) qui va de sûr à dégradée. N.B. Le système français combine assurance-crédit et assurance investissement. Les activités liées à l'assurance-investissement ont été transférées récemment à la Banque Publique d'investissement BPI nouvellement structure financière créée en France pour accompagner les entreprises et PME-PMI.

⁴¹⁵ Ces investissements font l'objet de définitions doctrinales qui consistent à l'énumérer comme suit : 1) un apport en capital, 2) présentant une durée durable et présentant 3) un risque pour celui qui entreprend V. les auteurs français Carreau (D) Juillard (P), Droit International économique, 2014. Selon les Organisations Internationales économiques comme le FMI les IDE se définissent comme suit (...) *les investissements effectués dans le but d'acquies un intérêt durable dans une entreprise exerçant ses activités sur le territoire d'une*

fait les investissements de portefeuille⁴¹⁶. L'objectif de l'Agence cité plus haut le souligne amplement⁴¹⁷. Le développement dans ses aspects utiles a toujours préoccupé l'Agence.

2) Le développement une conception extensive dans la convention de Séoul

119. Le concept de développement a toujours préoccupé les différentes structures de la Banque Mondiale⁴¹⁸. De même la nécessité d'intégrer les pays d'Afrique de l'ouest par le commerce et les investissements étrangers a toujours été, et est toujours, le moteur de la mission des Organisations économiques régionales et surtout internationales⁴¹⁹.

économie autre de celle de l'investisseur, le but de ce dernier étant d'avoir un pouvoir de décision effectif dans la gestion de l'entreprise ».

⁴¹⁶ Selon l'auteur Schauffelberger auteur d'une thèse monumentale sur la question: « *On vise par-là les investissements faits sur le marché des titres d'un pays étranger (securities market). Les transactions portent sur des titres de participation (actions, bons de jouissance, bons de participation), des emprunts obligataires, etc. L'allocation de moyens, c'est-à-dire la cause de l'investissement, suit largement les mécanismes du marché boursier, ce qui a par ailleurs valu l'appellation d'investissement boursier à cette forme d'investissement. De surcroît, la rémunération d'investissements en portefeuille, ce sera toujours à l'exclusion des investissements spéculatifs, sauf mention expresse* » Voir Schauffelberger (P.), « La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement Etude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), Ed Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 1993, 638p. pp.54-55

⁴¹⁷ « *D'encourager les flux d'investissement à des fins productives entre les États membres, en particulier les États membres en développement, complétant les activités de la BIRD et d'autres institutions internationales de financement du développement* » art. 2 op cit.

⁴¹⁸ Voir Washington, 1944 « Statuts de la BIRD » Article 1^{er} –objectifs- souligne cette nécessité développementiste 1) « *D'aider à la reconstruction et au développement des territoires des États membres, en facilitant l'investissement de capitaux consacrés à des fins productives, y compris la restauration des économies détruites ou disloquées par la guerre, la réalisation des moyens de production aux besoins du temps de paix et l'encouragement au développement des ressources et moyens de production des pays les moins avancés* ». Voir aussi Washington, 1955 Statuts de la SFI adoptés le 25 mai 1955 dont l'article 1^{er} –objet- dispose « La Société a pour objet de stimuler l'expansion économique en encourageant le développement d'entreprises privées de caractère productif dans les États membres.... » Voir Washington, 1960(26 janvier) Statuts de l'IDA dont l'article 1^{er} –objectifs- souligne : « *L'association a pour objet d'encourager le développement économique, d'accroître la productivité et, partant, d'élever les niveaux d'existence dans les régions les moins avancées du monde, qui sont couvertes par une affiliation à l'Association, en leur fournissant notamment, afin de faire face à leurs besoins importants en matière de développement, des moyens financiers à des conditions plus souples et d'un poids moins lourd sur la balance des paiements que celles des prêts consentis selon des formules classiques, aidant ainsi la Banque internationale pour la reconstruction et le développement à atteindre ses objectifs de développement en complétant ses objectifs de développement en complétant ses activités* », Voir aussi la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant CIRDII dont le préambule affirme : « *Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux* », Voir la dernière Organisation économique dans l'enceinte de la Banque Mondiale la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'AMGI dont le préambule « *Considérant qu'il est nécessaire de renforcer la coopération internationale pour stimuler le développement économique et d'encourager le rôle joué dans ce développement par les investissements étrangers en général et les investissements étrangers privés en particulier* »

⁴¹⁹ La recherche d'une solution internationale et/ou régionale a toujours été un marqueur des traités fondateurs des Organisations Internationales. La Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945 souligne à propos dans son article 1^{er} –Les buts des Nations-Unies sont les suivants– où il est disposé al. 3 « *Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* » De même au plan régional, devant le phénomène communautaire dans le monde, la Région pionnière dans ce domaine l'Union Européenne dont le traité fondateur du 25 mars 1957 dispose dans son préambule « *Déterminés à promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples, compte tenu du principe du développement durable et dans le cadre de l'achèvement*

L'investissement étranger englobe tous les apports significatifs en capital, technologies et savoir-faire destinés aux pays en développement. C'est une conception qui est consacrée dans le texte de l'accord du 11 octobre⁴²⁰. De même, il y a aussi l'étude d'Organisation intergouvernementale comme l'OCDE. Cette institution définit les nouvelles formes d'investissement comme : « Une entreprise étrangère fournit des biens (corporels ou incorporels) pour un projet d'investissement ou pour une entreprise dans un pays d'accueil-biens qui constituent des actifs pour ce projet ou cette entreprise étant entendu que dans le pays d'accueil la majorité ou la totalité du capital social du projet ou de l'entreprise est aux mains des intérêts locaux »⁴²¹.

120. Cette conception extensive du développement énumérée dans le texte de l'Accord exclue de la couverture, des risques commerciaux à l'exportation⁴²². Mais aussi, quand la structure nationale d'assurance contre les risques peuvent intervenir. En effet, « L'Agence ne garantira ni ne réassurera aucun investissement si, après consultation, elle estime qu'une garantie pourrait être obtenue pour cet investissement auprès d'un organisme public national de garantie des crédits à l'exportation »⁴²³. Dans son évolution en matière de garantie juridique, l'Agence n'a cessé d'innover pour toucher le maximum de pays et d'acteurs économiques petits et ayant un fort impact socio-économique dans les pays en développement. C'est la raison pour laquelle, elle a initié le programme d'appui aux investissements des PME appelé SIP de la MIGA.

121. En effet, ce dernier consiste à promouvoir certains types d'investissement qui : « peuvent être assurés dans le cadre du programme SIP, à condition qu'ils se rapportent à la création d'une PME existante, et qu'ils aient lieu dans un pays membre en développement. Pour être considéré comme une PME, l'entreprise locale participant au projet doit remplir deux des trois critères suivants :

- Ses effectifs ne doivent pas dépasser 300 employés
- Le total de son actif ne doit pas dépasser 15 millions de dollars ;

du marché intérieur, et du renforcement de la cohésion et de la protection de l'environnement, et à mettre en œuvre des politiques assurant des progrès parallèles dans l'intégration économique et dans les autres domaines »

⁴²⁰ Voir art.12 de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985

⁴²¹ Voir Schaufelberger (P) qui cite Oman, « Nouvelles formes d'investissement »(1989), p.11. L'auteur Suisse cite aussi concernant les NFI « les techniques contractuelles d'investissement où il n'existe aucune participation étrangère au capital de l'entreprise d'investissement, mais où les accords ont pour cette entreprise, au moins en partie « la nature d'un investissement ». Il cite aussi « les accords de licence, contrats clé en main, contrats de franchise, contrats de gestion(contrat de management), joint-ventures(entreprises conjointes) lorsque la part de l'associé étranger ne dépasse pas 50%, contrats produit en main, sous-traitantes internationales, contrats de partage de production, contrats de service à risques, contrats d'assistance technique, de commercialisation ou de coproduction sont les exemples les plus cités de NFI » Voir Schaufelberger P. p. 56

⁴²² Que l'exportateur ou l'entreprise est censée se prémunir car faisant partie inhérente à ces activités à l'international. Ces risques sont de la catégorie interne, par conséquent, ni une Agence au plan national ou au plan international ne garantira l'entreprise confrontée à ces risques.

⁴²³ Voir Schafelberger (P), p.357

- *Le total de ses ventes annuelles ne doit pas dépasser 15 millions de dollars »⁴²⁴.*

L'approche liée à la nature de l'investissement étranger, qui doit être un catalyseur pour l'attractivité juridique de l'environnement des affaires, et celle liée aux questions de développement, qui doit avoir un impact sur la croissance et le progrès social, sont au cœur de l'action de l'Agence de la Banque Mondiale. Quant à la couverture du risque-pays, qui est la raison d'être de cette Organisation, elle présente une approche assez originale.

B : par l'approche de la couverture sécuritaire bénéfique pour ces pays

122. La Convention, dont l'objectif est de « *faciliter les apports d'investissement aux pays en développement* » ne peut couvrir les risques commerciaux dont la responsabilité est à la charge de l'investisseur. Par contre les risques éligibles à la couverture de l'Agence sont : les risques à caractère politiques (1) ; ensuite, les risques à caractère juridique (2) et les risques à caractère financier (3).

1) La couverture des risques à caractère politique dans ces pays

123. Les pays d'Afrique de l'ouest ont cette particularité au plan sociopolitique : l'instabilité chronique doublée d'une fragilité extrême des institutions politiques⁴²⁵. Ce risque-pays a pesé et pèse encore de nos jours sur l'image de l'Afrique de l'ouest en termes de terres d'accueil propice aux investissements directs étrangers, contrairement à d'autres régions du monde moins dotés en termes de potentialités et ressources naturelles. Le risque politique a mobilisé une littérature scientifique abondante⁴²⁶. Ce risque se traduit par un système politique instable

⁴²⁴Voir World Bank Group Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), Guide de garantie des investissements du programme d'appui aux investissements des PME(SIP)..... Le SIP souligne aussi d'autres investissements admissibles au programme come : « *ceux consentis dans le secteur financier sont admissibles au programme SIP s'ils sont destinés à fournir des services financiers aux PME, et si 50% au moins des clients ayant un lien avec ces investissements sont des PME, telles que définis ci-dessus* :

Le programme SIP propose :

. *Une couverture à concurrence de 10 millions de dollars (la taille réelle de l'investissement pouvant être plus importante) ;*

. *Un ensemble de garanties couvrant la restriction de transfert de devises, l'expropriation, ainsi que les conflits armés, les actes terroristes et les troubles civils ;*

. *Une exemption de frais de dossier pour les petits investisseurs éligibles » ;*

. *Une procédure d'approbation rapide »* Voir World Bank Group Multilateral Investment Guarantee Agency MIGA Guide garantie SIP

⁴²⁵Ceci est illustré par le nombre anormalement élevé des changements anticonstitutionnels de gouvernement (Les coups d'état militaires). Ils ont été tellement nombreux qu'on a pu parler à ce propos en Afrique « d'épidémies » Voir l'ouvrage L'Union Africaine cadre juridique et institutionnel SD Youssouf Abdulqawi, ED. A. Pedone 2013 , ; Voir aussi la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance » U. A. Addis Abéba(Ethiopie) 30 janvier 2007 8^e session ordinaire de la Conférence de l'UA; voir Nougaret-Fau (M.), Les Organisations régionales africaines et les changements de pouvoir anticonstitutionnels , in La Concurrence des Organisations Régionales en Afrique ,Actes du colloque de Bordeaux, 28-29 septembre 2009(CERDRADI-GRECCAP Univ. De Bordeaux et l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar) SD de M. Fau-Nougaret , Ed. L'harmattan 2012, pp.409-434

⁴²⁶ Voir « La Gestion des Risques internationaux » SD de Pascal Chaigneau Ed. Economica Paris, 2001 ; Ibrahim F.I. Shihata "Multilateral Investment Guarantee Agency and Foreign Investment, origins, operations, policies and basic documents of the MIGA" Ed. Martinus Nijhoff Publishers 1988, voir aussi Tersen (D.) &

(importance et utilisation de la violence comme solution pour régler les différends entre acteurs, une situation de non droit pour les particuliers et les entreprises, de fraudes électorales plus ou moins massives durant les différentes échéances etc.). Le risque politique a toujours posé des problèmes concernant sa mesure, sa perception et son ampleur. Pour Bernard Marois : « *l'évaluation de la stabilité politique d'un pays s'effectue de deux façons différentes. La première consiste à comparer l'évolution d'un pays à celle subie par d'autres pays, selon différents critères. La seconde, plus analytique, étudie un pays en profondeur, en tentant d'identifier les facteurs pertinents, qui permettent d'expliquer son cheminement* »⁴²⁷.

124. Dans le contexte des pays d'Afrique de l'ouest, marqué par une certaine « politisation » des administrations publiques, il arrive que l'investisseur soit victime d'une mesure équivalente à une expropriation pure et simple ou de pratiques étatiques le dépossédant de son actif. C'est la raison pour laquelle, la Convention a prévu l'éligibilité de cette forme de risque (Expropriation) en matière d'assurance. En effet, l'article 11 de la Convention dispose de la manière que : « *le fait que le gouvernement d'accueil ait pris toute mesure législative ou administrative ou qu'il ait omis de prendre toute mesure législative ou administrative, lorsque ledit fait a pour conséquence de priver l'investisseur assuré de ses droits sur son capital ou son investissement ou d'une part substantielle des avantages découlant de son investissement, à l'exception des mesures ordinaires non discriminatoires d'application générale que les*

Bricout Luc-(J.) L'investissement international ed A. Colin 1996, Paris pp.213-223; Voir MIGA and Foreign Direct Investment: Evaluating Developmental Impacts Gerald T. West and Ethel I. Tarazona , The World Bank 1998.

⁴²⁷ Voir cet auteur dans son ouvrage « Risque-Pays » : *Les approches comparatives sont subdivisées en 1) approche par classement appelé « rating » consistant à classer les pays du monde selon un plus ou moins grand degré de risque. Ce classement peut être réalisé, à partir d'opinions d'experts pondérées arithmétiquement (« approche subjective ») ou à travers une prise en compte de « critères », tels que : le nombre de coups d'état en 5 ans ou de prisonniers politiques par rapport à la population totale, la sévérité du contrôle des changes ou l'évolution du solde de la balance courante (approche « objective »). Il y a 2) l'approchement par représentation géographique : « elle consiste à faire figurer les différents pays du monde sur un plan à deux dimensions, découpé en 4 cadrans par 2 axes, qui peuvent être par exemple : le risque économique et financier (en ordonnée) et le risque politique (en abscisse). Alors que : « Les approches « analytiques »- Elles recouvrent, en fait, des méthodologies de prévision très diverses, allant des approches « grand reporter, l'approche probabiliste et l'approche sociologique*

1) Pour l'approche « grand reporter », cette technique s'appuie sur le témoignage d'un expert, qui fournira un rapport circonstancié sur la façon dont il entrevoit l'évolution d'un pays en utilisant des grilles d'analyse comprenant des variables suivantes :

- Régime au pouvoir (démocratie, régime militaire, dictature, etc.) ;
- Nombre de partis ;
- Importance des violences politiques (attentats, manifestations) ;
- Nombre de prisonniers politiques (par exemple, selon Amnesty International) ;
- Nombre de coups d'Etat sur les 20 dernières années.

2), il y a aussi l'approche « probabiliste » elle consiste à formuler plusieurs scénarii possibles, susceptibles de se produire à la suite d'un événement prévisible, tel que des élections présidentielles. Chaque scénario (victoire du parti au pouvoir ou, au contraire, émergence de l'opposition) implique certaines décisions de politique économique génératrices d'un plus ou moins grand risque politique. Il y a enfin

3) l'approche sociologique qui se subdivise a) en approche par la segmentation dynamique « méthode Ally » ici, l'analyste va procéder à l'identification de « segments » de population autonomes, représentatifs du pays étudié. Ces segments peuvent, soit des ensembles socio-économiques, soit des groupes ethniques. Il y a aussi a) l'approche par les clignotants – développée également par la société Nord-Sud Export Consultants, cette méthode s'attache à identifier une centaine de « clignotants » propres à influencer fortement l'évolution politique d'un pays » Voir pour toutes questions Marois (B.), « Le Risque-Pays », Paris Ed PUF 1990, 126p. Pp 50-63

*gouvernements prennent normalement pour régler, l'activité économique sur leurs territoires »*⁴²⁸.

125. Il faut dire que même si le risque demeure important et présent, sa nature est devenue beaucoup plus subtile. Analysant les risques politiques, Dominique Roudaut souligne les différentes fragilités faisant courir des risques aux investisseurs étrangers : « *Les pays émergents et en transition demeurent mus par la volonté de préserver leurs intérêts qui ne sont pas forcément compatibles avec ceux des investisseurs et, surtout, le « climat des investissements » est directement déterminé par différents maux caractéristiques de ces États fragiles. La corruption, l'insécurité juridique, l'incompétence des autorités locales, les conflits de pouvoir entre autorités décentralisées sont à l'origine d'une forme plus subtile de confiscation, d'expropriation et de nationalisation qui prend le nom d'expropriation rampante ou encore de législation discriminatoire* »⁴²⁹. Malgré cette situation d'instabilité généralisée et l'absence d'une Agence régionale de garantie des investissements étrangers⁴³⁰, les pays de la sous-région ouest africaine n'ont pas la même exposition au risque-politique concernant le risque de « conflits armés et troubles civils » que la Convention de l'Agence a prévu de couvrir expressément.

Selon l'article 11 (IV) ils sont synonymes de « *toute action militaire ou tout trouble civil dans tout territoire du pays d'accueil auquel la présente Convention est applicable...* ». Selon les classements indiciaires relatifs à la « fragilité » Il faut distinguer entre les pays post conflits, les pays ayant une situation sociopolitique assez vive et les pays relativement stables avec pas mal de difficultés. Un autre risque dont l'Agence est très attaché dans sa pratique de la garantie, est le risque juridique.

2) La couverture des risques à caractère juridique

126. Le risque juridique dans les pays d'Afrique de l'ouest est causé par plusieurs facteurs liés au comportement, actes et omissions des pouvoirs publics constitutionnels, des administrations publiques et centrales et locales de ces pays. ces facteurs sont entre autres(la précarité de la sécurité juridique lié au droit de propriété⁴³¹, les insuffisances liées au respect des critères de l'Etat de droit, l'interprétation et l'exécution arbitraires des lois et des réglementations par les administrations publiques centrales et locales, le phénomène des

⁴²⁸ Voir Convention du 11 octobre 1985 portant AMGI art.11 « *risques assurés* » ii) *expropriation et autres mesures analogues*

⁴²⁹ Voir Roudaut (D.), « Les risques politiques des investissements et les solutions d'assurances », in Gestion des risques internationaux SD Pascal Chaigneau, Paris Ed Economica, 2001, pp199-226, p.201

⁴³⁰ Les pays d'Afrique qui sont souvent victimes (à tort souvent) d'une perception élevée du risque, ne dispose pas d'une Agence au niveau national et régionale qui s'occupe de la Garantie contre les risques non-commerciaux des investissements directs étrangers. Pourtant, dans le contexte où la garantie contre les risques constitue la meilleure soupape de sécurité, il est tout à fait souhaitable que les pays d'Afrique de l'ouest se dotent enfin d'un tel instrument sécuritaire et d'attractivité.

⁴³¹ Les lois fondamentales des pays d'Afrique de l'ouest, en l'espèce la Constitution de la République du Sénégal du 07 janvier 2001 qui, dans son préambule al. 5 le Sénégal proclame le respect et la garantie intangibles du *droit de propriété*. Dans le corpus du Texte constitutionnel, l'article 12 dispose : « *Le droit de propriété est garantie par la présente constitution. Il ne peut y être porté atteinte que dans le cas de nécessité publique légalement constaté, sous réserve d'une juste et préalable indemnité* » article précité

règlementations surprises de la part du législateur au plan environnemental et fiscal, l'insécurité juridique lié au cadre foncier et enfin la lenteur, le risque de partialité parfois et la corruption du système judiciaire etc. etc.). L'environnement juridique relatif aux investissements étrangers et le cadre juridique et institutionnel lié à la concurrence sont assez précaires, en tout cas marqués par une incertitude.

127. La pratique des affaires en Afrique souffre d'un risque juridique et d'un déficit notoire sur le plan de la circulation et l'exécution des décisions de justice⁴³². Il y a aussi le cas spécifique des contrats de partenariat. Ce contrat peut octroyer dans certains pays des prérogatives exorbitantes. Cette catégorie de risque lié au contrat et son environnement est très importante dans les relations d'investissement entre États et entreprises étrangères. C'est la raison pour laquelle, elle est bien éligible dans le système universel de garantie de l'AMGI. Ainsi en cas de rupture abusive de contrat, ou un comportement abusif des autorités du pays d'implantation rendant inexécutables le contrat, l'Agence prévoit la couverture d'un tel risque. Cette prévisibilité trouve son siège dans la Convention créant l'AMGI ou l'article 11 dispose : « *Toute dénonciation ou rupture par le gouvernement d'accueil d'un contrat conclu avec l'investisseur assuré, dans les où*

- a) *L'investisseur assuré ne dispose pas de voie de recours lui permettant de demander à une instance judiciaire ou arbitrale de statuer sur une action en dénonciation ou rupture de contrat ou*
- b) *Une décision n'est pas rendue par une telle instance dans un délai raisonnable, défini par le contrat de garantie conformément au règle de l'Agence, où*
- c) *Une telle décision ne peut être exécuté »*⁴³³.

128. L'Agence, quels que soient ses moyens financiers ne peut faire tout le travail lié à la couverture-risque des investissements étrangers dans ces pays. La stratégie de la couverture des risques n'est pas seulement le propre d'une Agence Internationale. L'investisseur international développe, souvent quand il veut s'implanter dans un pays donné, une stratégie de couverture des risques il peut être à la fois interne à l'entreprise et externe à celle-ci. Pour les stratégies de couverture imaginées par les investisseurs : « il y a les techniques de couverture « internes » qui consiste à la réduction de l'exposition au risque-pays à travers différentes techniques, on citera :

- a) *La sous-capitalisation de la filiale (objectif minimisé les sinistres en cas de nationalisation) peut être réalisé à travers diverses modalités :*
 - limitation du montant des immobilisations, en privilégiant la location des locaux (bureau, usines ou même de matériel (recours au leasing) ;*

⁴³² Voir (Ev.) Lagrange « *L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes* » pp. 446-573 in *Droit des investissements internationaux Perspectives croisés* Sd de Sabrina R-Cuendet, Bruxelles, éd. Bruylant, 2017

⁴³³ Voir, article 11 « *risques assurés* » Convention de Séoul portant création de l'AMGI

- *préférence pour les investissements immatériels, tels que l'apport de brevets ou de licences, tout en conservant la maîtrise technologique au détriment des investissements matériels ;*

- *utilisation, en cas de besoin, d'équipement partiellement ou totalement amortis dans d'autres pays ;*

- *recours à l'endettement, pour financer l'implantation (des crédits auprès de banques locales permettent de diminuer l'assiette du risque... ;*

-*développement par l'autofinancement plutôt que par le transfert de fonds en provenance de la maison mère.*

b) le Co-investissement. Il s'agit alors d'ouvrir le capital de la filiale à d'autres partenaires, en particulier les organisations internationales (SFI de la Banque Mondiale) ou régionale (Banque Africaine de Développement BAD), de façon à répartir le risque sur plusieurs têtes. Ses participations apportent une caution morale ;

c) la division internationale de la production. Elle consiste à segmenter le processus de fabrication au niveau mondial, de façon que chaque filiale soit tributaire d'une autre filiale, soit pour ses approvisionnements, soit pour ses débouchés, soit pour les deux conjointement ;

d) la politique de « bon citoyen ». –plus l'investissement étranger contribuera au bien être de l'Etat d'accueil, moins il supportera le risque de nationalisation.... ;

*e) le désinvestissement.- pour être efficace, il doit intervenir avant que le risque ne se matérialise. Il suppose également que la maison mère soit en mesure de trouver un acheteur, local ou étranger, volontaire pour reprendre la filiale ».*⁴³⁴

129. De même qu'il existe ces couvertures de risque interne, -synonyme des précautions d'usage que tout investisseur se devait de prendre dans un environnement étranger-, il y a aussi ce que le professeur B. Marois appelle les « techniques de couverture « externes ». Contrairement aux premiers, ces derniers dépendent de la collaboration et l'assistance d'autres structures nationales, régionales et internationales publiques et/ou privées en vue de sécuriser l'inversement étranger. Ici l'investisseur « transfère le risque-pays à un tiers qui se chargera de le maîtriser » : parmi ces tiers, il y a A) les conventions bilatérales de protection des investissements qui prévoient que l'expropriation ne pourra être prise que pour cause d'utilité publique et devra donner lieu obligatoirement « au paiement d'une juste indemnité, dont le montant devra correspondre à la valeur des actifs nationalisés ». B) les garanties proposées par les organismes internationaux. C) Les garanties publiques.- la plupart des pays industrialisés possèdent des organismes spécialisés dans la couverture du risque politique lié aux investissements. D) les garanties privées.- il en existe dans les pays

⁴³⁴Voir Marois(B), pp, 86-90 op cit

*industrialisés... »*⁴³⁵. Dans l'environnement multiforme du risque phénomène qui entrave la sécurité juridique des IDE en Afrique de l'ouest, il y a aussi ceux à caractère financier. C'est ainsi que dans l'échelle des risques éligibles à la couverture au plan international, il y a les risques financiers.

3) La couverture des risques à caractère financier dans ces pays

130. La protection de l'investissement est prévue par une réglementation qui régit et ordonne le libre transfert des changes. Les règles relatives à la détention, le transfert, l'échange et la conversion d'une monnaie nationale à une devise et une devise à une monnaie locale peuvent différer d'un pays à l'autre. Quoi qu'il en soit, la règle dans les investissements étrangers reçu par les pays d'Afrique de l'ouest, il est prévu (pour faciliter les investissements, éviter les risques de change et séduire les investir) et consacré le principe du libre rapatriement des devises⁴³⁶. Gérer, les devises étrangères, assurer la stabilité des changes et la liberté des paiements ne sont pas faciles, dans la mesure où l'Afrique de l'ouest outre la zone Franc CFA⁴³⁷, il y a six monnaies nationales non convertible⁴³⁸, ce qui la plupart du temps provoque des risques de change.

131. Les États peuvent prendre (si les circonstances l'exigent) des mesures de restriction ou de contrôle des changes afin d'éviter la chute de la monnaie, mais ils ne peuvent par contre prendre des mesures dont les effets aboutiraient à limiter les paiements courants nécessaire à tout investisseur étranger dans un pays donné. Cette nuance est prévue par la Convention relative au FMI de 1944. Selon les statuts du FMI relatifs au contrôle de transfert de capitaux : « *Les États membres peuvent prendre les mesures de contrôle nécessaires pour réglementer les mouvements internationaux de capitaux, mais aucun État membre ne peut appliquer lesdites mesures de contrôle d'une manière qui aurait pour effet de restreindre les paiements au titre des transactions courantes ou de retarder indument les transferts de fonds effectués pour le règlement d'engagement pris...* »⁴³⁹.

⁴³⁵ Voir Marois (M.) pp.92-95

⁴³⁶ Consacré par les conventions internationales, voir les Statuts du FMI de 1944 section 2 « *Restrictions de change* ». L'art. VI : Transfert de Capitaux dispose dans la section 3 *contrôles des transferts de capitaux*

⁴³⁷ Le franc CFA est la monnaie commune de 14 pays africains francophones plus les Iles Comores. Ils sont 8 pays d'Afrique de l'ouest à partager cette monnaie. Elle possède une Banque centrale dont le siège est à Dakar(Sénégal). Le régime de change de cette monnaie est fixe. La zone monétaire entretient des rapports privilégiés avec le Trésor français qui garantit sa convertibilité en échange d'un dépôt d'une partie(50%) des devises des pays d'Afrique de l'ouest ayant cette monnaie en partage.

⁴³⁸ Il s'agit des monnaies des autres pays anglophones (Nigéria Naira) ; (Ghana Cedi) ;(Sierra Leone) ; (Libéria Dollars libérien) ; et la (Gambie le dalassi). Contrairement, aux pays francophones ceux d'anglophones ont adopté un régime de change flottant. Ce qui a des conséquences (variations de changes) sur le manque à gagner parfois des investisseurs étrangers. La présence et la multiplication de monnaie dans la sous-région ouest africaine cause un obstacle sérieux à la sécurité juridique des IDE et à l'attractivité des pays de l'Afrique de l'ouest.

⁴³⁹ Voir Art.VI : *Transferts de capitaux* section 3 « *contrôle des transferts de capitaux* » des Statuts du FMI du 22 juillet 1944 entrés en vigueur le 27 décembre 1944. Ce texte souligne aussi à l'encontre des États membres le « *non recours aux restrictions sur les paiements courants* », il dispose : « a) *Sous réserve des dispositions de la section 3, § b), de l'article VII et de la section 2 de l'article XIV, aucun État membre n'impose sans*

132. Le FMI interdit aussi le recours aux pratiques monétaires discriminatoires pouvant conduire au risque de change : *« Aucun État membre ne peut recourir ni permettre à l'un quelconque de ses organismes visés à la section 1 de l'article V de recourir à des mesures discriminatoires ou à des pratiques de taux de change multiples , à l'intérieur ou à l'extérieur des marges prévues à l'article IV ou prescrites par l'annexe C ou en vertu de ses dispositions , à moins d'y être autorisé par les présents Statuts ou d'avoir l'approbation du Fonds. Si de telles mesures ou pratiques existent à la date d'entrée en vigueur des présents Statuts, l'Etat membre consulte le Fonds au sujet de leur suppression progressive, à moins qu'elles ne soient maintenues ou qu'elles n'aient été introduites en vertu de la section 2⁴⁴⁰ de l'article XIV, auquel cas les dispositions de la section 3 dudit article sont applicables »⁴⁴¹.*

133. Le risque de change et la nécessité de s'en prémunir, par une couverture de risque en bonne et due forme, sont un aspect crucial de toute stratégie d'investissement dans les pays d'Afrique de l'ouest. C'est la raison pour laquelle, il figure en bonne place dans la Convention de Séoul du 11 octobre 1985. L'article 11 qui le prévoit dispose : *« le fait que le gouvernement d'accueil ait lui-même apporté toute restriction au transfert de sa monnaie hors de son territoire dans une monnaie librement utilisable ou dans une autre monnaie jugée acceptable par l'investisseur assuré, y compris le fait que le gouvernement d'accueil n'ait pas donné suite dans un délai raisonnable à la demande de transfert présentée par ledit investisseur ; »⁴⁴².* A côté des risques éligibles à la garantie, l'Agence joue le rôle de promotion des investissements étrangers et de la sécurisation du cadre juridique relatif aux affaires dans les pays d'Afrique de l'ouest.

l'approbation du fonds, de restrictions à la réalisation des paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes.

b) *« Les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un État membre et sont contraires à la réglementation du contrôle des changes de cet État membre maintenue ou imposée conformément aux présents Statuts ne sont exécutoires sur les territoires d'aucun État membre. En outre, les États membres peuvent, par accord mutuel, coopérer à des mesures destinées à rendre plus efficace la réglementation du contrôle des changes de l'un d'eux, à condition que lesdites mesures et réglementations soient conformes aux présents Statuts »* Voir Statuts du FMI du 22 juillet 1944 Art VIII : *« Obligations générales des États membres »*

⁴⁴⁰ Les dispositions transitoires prévues par l'art. XIV : Dispositions transitoires permettent des atténuations en permettant aux États de déroger provisoirement aux Statuts sur le plan des *« restrictions des changes »* Il souligne *« Nonobstant les dispositions de tout autre article des présents Statuts, les États membres qui ont notifié au Fonds se prévaloir des dispositions transitoires visées au présent article peuvent maintenir et adapter aux changements de circonstances les restrictions au paiements et transfert afférents à des transactions internationales courantes qui étaient en vigueur à la date à laquelle ils sont devenus membres. Les États membres doivent cependant, dans leur politique de change, avoir constamment égard aux buts du Fonds ; dès que les conditions le permettent , ils doivent prendre toutes les mesures possibles pour mettre en place des dispositions commerciales et financières avec les autres États membres qui soient de nature à faciliter les paiements internationaux et la promotion d'un système stable de taux de change. En particulier, les États membres suppriment les restrictions maintenues en vigueur en application de la présente section dès qu'il estime en mesure d'équilibrer, sans restrictions, leur balancement des paiements, d'une manière qui n'obère pas, indument leur recours aux ressources générales du Fonds »* Voir Statuts du FMI ART. XIV section 2. *Restrictions de change »*

⁴⁴¹ Voir Statuts du FMI du 22 juillet 1944, article VIII *« Obligations générales des États membres »* section 3. *« Non-recours aux pratiques monétaires discriminatoires »*

⁴⁴² Voir Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant AMGI *« article 11 i)*

R- Paragraphe 2 : La convention de Séoul de 1985 : une vision de la garantie favorable aux pays d'Afrique de l'ouest

134. La particularité de la garantie contre les risques politiques en matière d'investissement étrangers, c'est qu'elle constitue un instrument de monopole national des pays industrialisés. Les pays d'Afrique de l'Ouest en sont dépourvus. L'Agence sera scrutée à travers sa mission d'aide à la sécurisation de l'environnement juridique (A) mais aussi à travers l'impact socio-économique des projets d'investissement garantis (B).

A : A travers l'aide à la sécurisation de l'environnement juridique de l'investissement

135. En vertu de la Convention de Seoul du 11 octobre 1985, outre la couverture des risques politiques, le rôle de l'Agence consiste aussi à assister et aider les pays en développement et d'Afrique de l'ouest en particulier, à moderniser et sécuriser davantage leurs environnements juridiques relatifs aux affaires. Nous verrons le rôle de l'Agence comme structure d'incitation et de promotion de l'investissement en Afrique de l'ouest (1). Et le rôle de l'Agence en tant que structure d'aide et d'assistance à la sécurisation du climat juridique relatif aux investissements étrangers (2).

1) L'Agence : une structure d'incitation et de promotion de l'investissement dans ces pays

Cela se traduit doublement à travers les investissements admissibles (a) et à travers aussi les investisseurs admissibles (b).

a- A travers les investissements admissibles

136. Voulant anticiper les critiques et remarques qui leurs sont adressées par les gouvernements et observateurs des pays du Sud et du Nord concernant leurs orientations libérales, les Institutions du groupe de la Banque Mondiale ont toujours eu à travers le concept « développement » comme une légitimation de leurs actions et pratiques dans les pays en développement⁴⁴³. Dans sa politique de garantie, l'Agence accorde un pouvoir de contrôle et d'appréciation important sur les investissements jugés prioritaires par le Conseil d'Administration. Selon l'article 12 de la Convention : « a) *Les investissements admissibles comprennent des prises de participation, y compris les prêts à moyen ou à long terme accordés ou garantis par les détenteurs du capital de l'entreprise intéressé, et toute formes d'investissement direct jugés admissibles par le Conseil d'Administration.* »⁴⁴⁴. Le pouvoir du

⁴⁴³ Le Groupe de la Banque Mondiale et toutes les structures créées en son sein à la suite SFI, AID, CIRD ET AMGI ont pour créneau et objectif le soutien et l'assistance au développement des pays en développement en général et l'Afrique en particulier. Voir Statuts de la BIRD Breton Woods 1944

⁴⁴⁴ Voir Art.12 de la Convention du 11 octobre portant AMGI « Investissements admissibles ».

Conseil d'Administration est immense aussi dans la couverture de certaines formes d'investissement. Cela requiert une « *majorité spéciale* »⁴⁴⁵.

137. Les investissements assurés doivent obéir à des règles de forme. Et dans cette perspective certaines formes d'investissement sont particulièrement privilégiées comme par exemple le régime des extensions d'entreprises comme le dispose l'Al. C : « *tout transfert de devises effectué en vue de moderniser, de renforcer ou de développer un investissement existant* ». De même, compte tenu de certaines restrictions de changes parfois et les conditionnalités brusques apportées au transfert de devises et de bénéfices, il est prévu dans la Convention l'éligibilité de ces formes à la couverture contre certaines pratiques « abusives ». Cette nécessité est mentionnée à l'art 12 al.c II) « *l'utilisation du produit d'investissements existants qui pourrait être transféré à l'étranger* ». Les effets positifs sur la nécessité d'avoir une pratique de la garantie favorable à un ensemble de facteurs tels que le développement du pays d'accueil, la nécessité de respecter les lois et règlements, la nécessité de conformité avec les priorités inscrites dans les politiques et stratégies du développement et enfin sur la nécessité d'avoir une pratique des investissements consacrant le « traitement juste et équitable et de protection juridique ». L'al d) de l'art 13 le traduit ainsi en disposant que : « *Lorsqu'elle garantit un investissement, l'Agence s'assure :*

- i) *Que ledit investissement est économiquement justifié et qu'il contribuera au développement du pays d'accueil ;*
- ii) *Que ledit investissement satisfait à la législation et à la réglementation du pays d'accueil ;*
- iii) *Que ledit investissement est compatible avec les objectifs et les priorités déclarés du pays d'accueil en matière de développement ; et*
- iv) *Des conditions offertes aux investissements dans le pays d'accueil et, notamment, de l'existence d'un régime juste et équitable et de protections juridiques »*⁴⁴⁶

138. Dans la garantie d'investissement dans les différents pays membres, cette dernière ne peut aller à l'encontre de la Souveraineté nationale du pays d'accueil.

Ce dernier doit avoir le statut de pays en développement. L'article 14 le pose ainsi : « *Ne peuvent être garantis en application du présent chapitre que les investissements qui doivent être effectués sur le territoire d'un État membre en développement* ».⁴⁴⁷ L'approbation du pays bénéficiaire de l'investissement est requise : « L'Agence ne conclut aucun contrat de garantie avant que le gouvernement du pays d'accueil ait approuvé l'octroi de la Garantie par

⁴⁴⁵ Al.b de l'article 12 en dispose ainsi : « Le Conseil d'Administration peut, par décision prise à la majorité spéciale, inclure parmi les investissements admissibles toutes autres formes d'investissements à moyen ou à long terme, à l'exception toutefois des prêts autres que ceux mentionnés à la section a)ci-dessus qui ne peuvent être couverts que s'ils sont liés à un investissement spécifique couvert ou devant être couvert par l'Agence ».

⁴⁴⁶ Voir Article 12 « *Investissements admissibles* », al. d) de la Convention de Seoul du 11 octobre 1985 portant AMGI

⁴⁴⁷ Voir l'article 14 de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 l'AMGI « *Pays d'accueil admissibles* »

l'Agence contre des risques expressément désignés »⁴⁴⁸. Tout comme les investissements admissibles, la Garantie concerne aussi les investisseurs dans les pays en développement.

b- A travers les investisseurs admissibles

139. Les conventions négociées sous l'égide du Groupe de la banque Mondiale ont ceci de particulier, qu'elles sont d'une grande souplesse et laissent beaucoup de marges de manœuvre et de liberté aux acteurs (Pays en développement et entreprises et investisseurs étrangers) auxquelles elles sont destinées⁴⁴⁹. Dans ce domaine la Banque, vu les traités négociés au sein du groupe de l'Institution de Bretton woods, a toujours eu une démarche et une doctrine libérales. Autrement, elle s'est toujours efforcée de ne pas avoir une conception rigide dans la préparation, la négociation et l'exécution des accords relatifs aux investissements. Dans ce domaine précis, ces structures administratives (comme le Conseil d'Administration) ont toujours le dernier mot pour élargir les initiatives et pratiques d'investissement envers le secteur privé.

140. Dans la Convention de l'AMGI, cette souplesse est visible concernant la nature juridique de/des l'investisseur(s) et de la nationalité de l'investisseur. L'auteur Abdourahmane Niang dira à ce propos : « *Pour être éligible à la garantie de l'Agence, l'investisseur doit avoir la nationalité d'un de ses membres et opérer sur une base commerciale* »⁴⁵⁰ Par conséquent, les conditionnalités exigées réaffirment et consacrent le principe d'une logique commerciale de la Garantie et l'appartenance des personnes physiques et morales à la Convention de Séoul. Mais ces conditions présentent beaucoup d'aménagements et de souplesses. L'article 13 dispose : « *Toute personne physique et toute personne morale peuvent être admises au bénéfice des garanties de l'Agence, sous réserve :*

- i) *Que ladite personne physique ait la nationalité d'un État membre autre que le pays d'accueil ;*
- ii) *Que ladite personne morale soit constituée conformément au droit d'un État membre et ait son établissement principal dans ledit Etat, ou que la majorité de son capital soit détenue par un État membre ou par des États membres ou par des nationaux dudit ou desdits Etat(s) membre(s), à condition, dans les deux cas ci-dessus, que le pays d'accueil soit un État membre différent ; et que ladite personne morale, qu'elle appartienne ou non à des intérêts privés, opère sur une base commerciale »*⁴⁵¹.

⁴⁴⁸Voir l'article 15 de la Convention de l'AMGI « *Approbation du pays d'accueil* ».

⁴⁴⁹C'est le cas sur la non-définition du concept d'investissement dans la Convention du CIRDI où l'article 25 de ladite Convention ne se contente de dire que « *Tribunal est compétente pour des litiges en relation direct avec un investissement* ». Ce qui laisse libre court une latitude importante à l'arbitre de déterminer le statut des litiges et de préciser le concept d'investissement dans les décisions régulières rendues

⁴⁵⁰Voir Niang (Ab.), « *Les systèmes nationaux et international de garantie* », In Le droit de l'économie internationale », SD Dailler P., De La pradtelle G. Ghérari H., Paris ED A. Pedone, 2004, 1119p. , pp.699-711, p.708

⁴⁵¹Voir Art. 13 de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 « *Investisseurs admissibles* »

141. Le régime de souplesse pour la couverture joue aussi quand l'investisseur en question a plusieurs nationalités. Dans un tel cas d'espèce, la nationalité d'un État parti à la Convention de Séoul l'emporte sur les autres : *« Au cas où l'investisseur a plus d'une nationalité, aux fins d'application de la section a) ci-dessus, la nationalité d'un État membre l'emporte sur celle d'un État non membre, et la nationalité du pays d'accueil l'emporte sur celle de tout autre État membre. »*⁴⁵². Cette Clause de nationalité peut même sauter dans les circonstances où l'investisseur a la même nationalité que l'Etat parti à la Convention de Séoul. Ici, les deux parties ont l'initiative de la garantie. Ceci concerne le cas où (la personne physique et l'Etat d'accueil) font la demande à la structure compétente de l'Agence qu'est le Conseil d'Administration. Cette pratique est mentionnée dans l'al.c) : *« Si l'investisseur et le pays d'accueil le demandent conjointement, le Conseil d'Administration, par décision prise à la majorité spéciale, peut étendre le bénéfice des garanties de l'Agence à une personne physique qui a la nationalité du pays d'accueil, ou à une personne morale constituée conformément au droit du pays d'accueil, ou dont la majorité du capital appartient à des nationaux dudit pays, sous réserve que les avoirs en cause soient transférés d'un État membre autre que le pays d'accueil dans ledit pays d'accueil »*⁴⁵³. Outre son rôle qui consiste à garantir l'investissement direct étranger dans les pays africains, l'AMGI joue aussi un autre centré sur la sécurisation du climat de l'investissement dans les pays d'Afrique de l'ouest.

2) Une structure d'aide à la sécurisation du climat juridique de l'investissement

L'Agence a aussi des prérogatives centrées sur l'encouragement des flux d'investissements étrangers du Nord vers le Sud et entre pays en développement. Ceci se traduit par la promotion de l'investissement(a) et la coopération avec l'assurance privée pour le financement de la Garantie(b).

a- Par la promotion de l'investissement

142. Les pays en développement ont toujours été considérés comme des destinations risquées pour les capitaux, la technologie et le savoir-faire des entreprises des pays du Nord⁴⁵⁴. C'est la raison pour laquelle, la Banque Mondiale a inscrit aussi dans son action la mission d'aider, soutenir et assister les pays d'Afrique de l'ouest à avoir un environnement des affaires sécurisant au plan juridique et institutionnel. Il faut que les investissements étrangers dans ces pays jouissent de garanties juridiques à l'image de la signature de T.B.I. et une protection juridique s'inscrivant dans des principes comme la non-discrimination de l'investissement garanti ou éventuellement. A ce propos un éminent connaisseur de l'institution et des structures de l'Agence, Ibrahim Shihata, disait ceci : *« Un investissement sera considéré comme bénéficiant de protections juridiques satisfaisantes s'il est protégé par un traité*

⁴⁵²Voir art.13 al. b) de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'AMGI.

⁴⁵³Voir art .13 al.c) de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'AMGI

⁴⁵⁴Cette situation de monopole des grands pays de l'OCDE en matière d'IDE et d'exportateurs de capitaux, bien que toujours importantes, est de moins en moins mise dans la mondialisation actuelle. En effet, à la faveur de l'émergence de nouveaux investisseurs, on assiste à des bouleversements consécutifs à l'irruption de pays « grands investisseurs dans les pays d'Afrique de l'Ouest à l'image de l'Asie (l'Inde et surtout la Chine...)

bilatéral d'investissement liant le pays d'accueil et le pays d'origine de l'investisseur. En l'absence d'un tel traité, le projet de Règlement opérationnel dispose que l'Agence déterminera l'existence de protections juridiques satisfaisantes en évaluant la compatibilité du droit et des pratiques du pays d'accueil avec le droit international »⁴⁵⁵.

143. Si l'Agence considère que l'environnement juridique et institutionnel n'est pas suffisamment protecteur, elle signe un accord pour le respect des principes régissant le respect de l'investissement étranger garanti⁴⁵⁶. Le texte de l'accord de Séoul évoque cette vaste panoplie de mesures et de pratiques pour promouvoir les investissements étrangers dans les pays importateurs de capitaux comme ceux d'Afrique de l'ouest. Ainsi, l'article 23 souligne : « a) *L'Agence effectue des recherches, entreprend des activités visant à promouvoir les flux d'investissement et diffuse des renseignements sur les possibilités d'investissement dans les États membres en développement en vue de créer des conditions propices à des apports d'investissements étrangers. Elle peut fournir aux États membres qui le lui demandent, une assistance technique et des conseils pour les aider à améliorer le climat de l'investissement dans leurs territoires* ». Aussi pour bien entreprendre ces activités, l'AMGI prend en compte beaucoup de facteurs en ce qu'elle :

« i) *tient compte des accords d'investissement conclus entre les États membres ;*

iii) *S'emploie à lever les obstacles, dans les États membres développés comme dans les États membres en développement, qui entravent les flux d'investissement vers les États membres en développement ; et*

iv)

i) *encourage le règlement à l'amiable des différends entre investisseurs et pays d'accueil ;*

ii) *s'efforce de conclure avec les États membres en développement et, en particulier, avec les pays d'accueil potentiel, des accords en application desquels l'Agence bénéficie, pour tout investissement qu'elle a garanti, d'un traitement au moins aussi favorable que celui que l'Etat membre concerné accorde, aux termes d'un accord d'investissement, à l'Etat ou à l'organisme de garantie des investissements le plus favorisé ; lesdits accords doivent être approuvés par le Conseil d'Administration à la majorité spéciale ; et*

iii) *favorise et facilite la conclusion d'accords, entre ses États membres, au sujet de la promotion et de la protection des investissements »⁴⁵⁷. La structure de la Banque Mondiale, pour mieux exécuter sa mission a recourt à la technique de la coassurance avec le secteur d'assurance privée.*

⁴⁵⁵ Voir Shihata I. « L'A.M.G.I. », AFDI XXXIII-1987-, Paris pp 601-613 p.607

⁴⁵⁶ « Si elle n'est pas persuadée de l'existence d'un régime juste et équitable et de protections juridiques pour l'investissement, elle cherchera à conclure avec le pays d'accueil potentiel un accord au sujet du traitement des investissement qu'elle envisage de garantir. » Voir Shihata précité p.607

⁴⁵⁷ Voir Article 23 b) Convention de Séoul portant création de l'AMGI. Cet article dispose, par ailleurs que l'AMGI accorde une importance majeure aux flux d'investissement Sud-Sud c'est-à-dire entre pays en développement. Donc l'investissement étranger ne doit pas uniquement jouer dans le sens Nord-Sud., Il note : « Dans ses activités de promotion, l'Agence attache une importance particulière à l'accroissement des flux d'investissement entre ses membres en développement. »

b- Par la coopération avec les autres assureurs privés

144. L'Agence reflète parfaitement la philosophie de la Banque Mondiale qui consiste à accorder une place importante au secteur privé dans ses différentes interventions dans les pays en développement et notamment l'Afrique de l'ouest. En effet, elle adopte la technique de coassurance dans la mesure où elle ne peut seule faire face à la diversité des montages, de la nature et du plafond d'engagement⁴⁵⁸ et en plus, elle n'est pas un mécanisme de substitution de couverture contre les risques du secteur privé, mais un complément de celui-ci. Cette relation de coopération avec d'autres organismes d'assurance au plan national et régional est expressément prévue par le texte conventionnel. En effet, l'article 19 dispose à ce propos que « *L'Agence coopère avec des organismes nationaux d'Etats membres et des organismes régionaux dont la majorité du capital est détenue par des États membres, qui exercent des activités similaires aux siennes, et s'attache à compléter leurs opérations, en vue de maximiser aussi bien l'efficacité de leurs services respectifs que leur contribution à un accroissement des apports d'investissements étrangers. A cette fin, l'Agence peut conclure des arrangements avec ces organismes au sujet des conditions particulières d'une telle coopération, notamment des modalités de la réassurance et de coassurance* »⁴⁵⁹.

145. La coopération avec d'autres structures nationales et régionales en matière de réassurance est une donnée importante dans les pays d'Afrique de l'ouest où la situation sécuritaire au plan juridique est assez difficile. En effet, dans cette partie du continent, il n'y a pas une Agence nationale ou régionale de garantie contre les risques et que les Agence des pays développés rechignent à s'y garantir des projets d'investissement en l'absence de T.B.I. Cette technique de réassurance de l'investissement s'établit comme suit : « *L'Agence peut réassurer un investissement particulier contre une perte résultant d'un ou plusieurs risques non commerciaux garantis par un État membre ou par un organisme d'un État membre ou par un organisme régional de garantie des investissements dont la majorité du capital est détenue par des États membres. Le Conseil d'Administration, par décision prise à la majorité spéciale, fixe périodiquement les montants maximaux des engagements que l'Agence peut prendre au titre de contrats de réassurance. S'agissant des investissements qui ont été achevés plus de douze mois avant la réception par l'Agence de la demande de réassurance, le plafond est initialement fixé à 10% du montant global des engagements pris par l'Agence en vertu du présent chapitre* »⁴⁶⁰.

146. Les modalités pratiques de la réassurance entre l'Agence et de l'Etat membre sont convenues à travers un contrat de réassurance avec un droit de veille du Conseil d'administration de l'Agence⁴⁶¹. De la même manière, que l'Agence ne peut à elle seule

⁴⁵⁸ Art 22 convention AMGI à citer

⁴⁵⁹ Voir Article 19 « *Relations avec d'autres organismes nationaux et régionaux* » de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant l'AMGI

⁴⁶⁰ Voir Art. 20 a) « *Réassurance d'organismes nationaux et régionaux* » de la Convention de Séoul portant création de l'AMGI.

⁴⁶¹ L'al b de l'article 20 de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant l'AMGI dispose : « *Les droits et obligations réciproques de l'Agence et de l'Etat membre, ou de l'organisme, réassuré sont spécifiés dans un contrat de réassurance conclu conformément aux règles et règlements de réassurance adoptés par le Conseil*

assurer pleinement sa mission dans les pays en développement, elle est obligée de recourir à une politique de coopération et de partenariat avec l'assurance et les assureurs privés dans l'optique d'assurer la garantie des projets de développement économiquement et socialement viables, mais dont le pays/ou les pays concerné(s) demeure(nt) risquer. Cela se traduit par la conclusion d'accords avec les assureurs privés des pays avancés pour mieux assurer la couverture des risques. Dans cette optique : « *L'Agence peut conclure des accords avec des assureurs privés d'Etats membres pour développer ses propres opérations et encourager lesdits assureurs à offrir une couverture contre des risques non commerciaux dans des pays membres en développement à des conditions similaires à celles appliquées par l'Agence.....selon les procédures indiquées à l'art 20* »⁴⁶².

147. La relation de coopération est d'une certaine manière subsidiaire en ce sens que l'Agence peut réassurer au près d'autres Compagnies les garanties délivrées. Ensuite, elle ne peut intervenir au cas où l'investisseur/ ou le pays ne peut obtenir une couverture à des taux favorable dans le secteur assurantiel privé. L'al. b) et c) les énumèrent comme suit :

« *L'Agence peut faire réassurer, en tout ou en partie, auprès de toute compagnie de réassurance appropriée, toute(s) garantie(s) qu'elle a délivrées(s)* » Alors que l'al. C dispose : « *L'Agence s'emploie en particulier à garantir les investissements pour lesquels une couverture comparable à des conditions raisonnables ne peut être obtenus auprès d'assureurs et de réassureurs privés* »⁴⁶³ Il faut dire, en vertu de la Convention, l'Agence est tenue de respecter un plafond d'engagement. Ce dernier ne doit pas excéder 150% de la somme du capital souscrit⁴⁶⁴. Le bilan de la garantie juridique contre les risques politiques, malgré le « volontarisme » et une certaine réussite de l'Agence de Washington, est assez mitigé pour plusieurs facteurs juridiques, financiers et politiques propres à l'Agence et surtout aux pays d'Afrique de l'ouest.

B : A travers l'impact socio-économique des projets d'investissement garantis

148. L'AMGI est un mécanisme destiné à promouvoir une vision du risque favorable aux pays en développement comme destination pouvant sécuriser et protéger les investissements

d'Administration. Le Conseil d'Administration approuve chaque contrat de réassurance relatif à un investissement effectué avant que l'Agence ait reçu la demande de réassurance, en veillant à minimiser les risques, et à s'assurer que l'Agence perçoit des primes correspondant au risque qu'elle prend et que l'entité réassurée est résolue à promouvoir de nouveaux investissements dans les États membres en développement » Al.c) souligne aussi « *L'Agence, dans la mesure du possible, fait en sorte qu'elle-même ou l'entité réassurée ait des droits équivalents, en matière de subrogation et d'arbitrage, à ceux que l'Agence aurait si elle avait elle-même assuré l'investissement. Les modalités et conditions de la réassurance doivent préciser que les recours administratifs sont exercés conformément à l'art.17 avant qu'une indemnité soit payée par l'Agence. La subrogation ne peut être opposée au pays d'accueil concerné qu'après que celui-ci a approuvé la réassurance des dispositions prévoyant que l'entité réassurée doit faire valoir avec une diligence raisonnable les droits ou créances liés à l'investissement assuré. »*

⁴⁶²Voir Art.21 « *Coopération avec des assureurs et des réassurances privés* » de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant AMGI

⁴⁶³Voir Article 21 b) et c) de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 créant l'AMGI.

⁴⁶⁴Voir art.22 de la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 créant l'AMGI.

étrangers. Nous verrons le bilan de la garantie en matière de projet de développement (1). Il y a les limites de l'instrument AMGI dans les pays d'Afrique de l'Ouest (2).

1) Le bilan de la garantie en matière de projets de développement

149. Tout processus de développement suppose un cadre juridique prévisible, stable, cohérent et protecteur. Le montage juridique et financier de certains grands projets de développement est difficile dans les pays d'Afrique de l'ouest. L'assurance contre les risques non-commerciaux, accompagnant tout processus d'investissement, n'a pas toujours privilégiée l'Afrique dans son déploiement⁴⁶⁵. L'Agence qui a innové en matière de garantie d'investissement⁴⁶⁶ n'a pas toujours privilégié l'Afrique en général et l'Afrique de l'ouest en particulier dans sa stratégie de garantie des IDE contre les risques. D'autres régions du monde en développement ont monopolisé la plupart du temps les interventions de la structure⁴⁶⁷.

150. Même si l'Agence proclame sa profession de foi et ses priorités pour l'Afrique et particulièrement les pays fragiles et post conflits, il est évident qu'elle ne peut à elle seule garantir tous les besoins sans cesse nombreux en matière d'investissement dans des pays comme ceux d'Afrique de l'Ouest toujours perçus comme très risqués. C'est pourquoi, elle concentre ses efforts dans des pays vulnérables et en fort besoins d'investissements garantis. La vice-présidente exécutive de l'AMGI souligne à cet effet : « *Nous achevons une autre année avec d'excellents résultats caractérisée par l'émission de 2,8 milliards de dollars de garantis pour accompagner des investisseurs et les aider à atténuer les risques dans 40 projets. Près de la moitié de ces projets concerne des investissements dans des pays considérés comme les plus pauvres au monde et 15% dans des pays fragiles et touchés par un conflit, c'est-à-dire dans deux domaines prioritaires par la MIGA* »⁴⁶⁸. De la même manière, l'Agence montre son implication quant à la lutte contre la pauvreté par la garanti des projets de développement à forte dimension humaine et sociale dans les pays en développement. Ainsi : « 28,8millions de personnes ayant gagné accès à l'électricité ; 142 millions de personnes ayant gagné accès à des moyens de transport et 4 millions de personnes ayant gagné accès à l'eau potable »⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ L'assurance contre les risques d'investissement que ça soit au niveau bilatéral (des pays développés) et au niveau multilatéral(AMGI) s'est toujours déployé en Asie et en Amérique latine (territoire certes moins risqué et offrant plus d'opportunités et de rentabilités pour les investissements garantis). Alors que l'Afrique n'est convoitée qu'à travers l'abondance de ses ressources naturelles.

⁴⁶⁶ Flux doivent être non seulement Nord-Sud, mais aussi, Sud-Sud c'est à dire vers les pays en développement

⁴⁶⁷ Selon le rapport annuel MIGA 2015 les 10 principaux d'accueil des projets d'investissement garantis par la MIGA sont : « Turquie 9,0% ; Serbie 6,8% ; Côte d'Ivoire 6,6% ; Fédération de Russie 5,7% ; Viêt-Nam 5,3% ; Panama 4,7% ; Croatie 4,2% ; Angola 3,9% ; Hongrie 3,7% ; Ukraine 3,5% Total 53,4% avec des engagements bruts USD de 12,5millions de dollars au 30 juin 2015 voir MIGA rapport annuel 2015 p.7 Le tableau nous montre que la part de l'Afrique ici(Angola, Côte d'Ivoire ne constituent que 10, 5% en pourcentage des projets garantis ce qui est très faible à l'immensité des besoins en matière de couverture des risques relatifs à l'investissement étranger. Et l'Afrique de l'ouest n'est représentée que par un seul pays (la Cote d'Ivoire 6,6% d'accueil de projets garantis).

⁴⁶⁸ Voir MIGA rapport annuel 2015 « Assurer les investissements Garantir les opportunités » p.05

⁴⁶⁹ Voir MIGA rapport annuel 2015 p.3

151. La Banque Mondiale à travers l'Agence cherche aussi à assurer un renforcement des capacités, l'assistance technique et le financement des infrastructures. Dans un ouvrage consacré à la Banque, il y est mentionné :

« L'Afrique subsaharienne est une zone prioritaire pour la MIGA. Elle s'efforce d'attirer de nouveaux investissements et de renforcer la capacité institutionnelle de cette région. Elle a établi un bureau régional sur le terrain sur le terrain à Johannesburg et actionne quelque 30 missions sur le terrain et bureaux mobiles. Cette agence effectue des garanties sur de nouveaux projets d'investissement et mène de nombreuses activités d'assistance technique dans la région. Elle concentre ses efforts sur la nécessité d'investir dans les infrastructures d'Afrique australe et sur le développement considérable de partenariats privé-public pour soutenir les efforts en matière de privatisation »⁴⁷⁰.

Les pays d'Afrique, particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest, ont une place assez importante en matière de sécurisation et de promotion au sein des activités de l'AMGI⁴⁷¹. L'instrument de la garantie que déploie l'Agence de la Banque Mondiale présente pas mal de limites dues à plusieurs facteurs.

1) Les limites de l'instrument AMGI dans les pays d'Afrique de l'Ouest

152. La plupart des Organisations économiques internationales, malgré les professions de foi sur le sous-développement, n'ont pas les moyens de leur ambition. L'AMGI, malgré l'immensité des moyens et les énormes capacités de la Banque Mondiale, n'échappe pas à cette logique. Ces facteurs sont l'équation majeure que constitue le risque politique africain en matière d'investissement international (a). Il y a aussi, l'ampleur des besoins et la faiblesse de la garantie contre les risques (b). Et enfin, nous verrons, les perspectives de la garantie contre le risque politique en Afrique de l'ouest (c).

a. L'équation majeure du risque politique et sécuritaire

153. Contrairement à d'autres régions du monde qui ont un environnement législatif et réglementaire protecteur, attractif et prévisible, (pays en développement d'Asie et d'Amérique et des pays développés de l'OCDE⁴⁷²), l'Afrique est toujours victime d'une image qui la suit

⁴⁷⁰ Voir l'ouvrage consacré à la Banque « Guide de la Banque Mondiale », Ed De Boeck & Larcier s.a., 2005, p. 84

⁴⁷¹ Ceci est matérialisé par : « Le service de promotion et de développement des investissements en Afrique (APDF), qui fournit des administrateurs et des techniciens aux petites et moyennes entreprises privées africaines. L'APDF offre des services de formation sur mesure pour le personnel et les directeurs locaux afin de mettre à niveau leurs compétences et d'améliorer les résultats économiques et la productivité de leur société ». Voir « Guide de la Banque Mondiale », p.85

⁴⁷² Ce sont pour la majorité des pays technologiquement avancés exportateurs d'investissements et dotés d'Agences nationales chargées de couvrir les risques non commerciaux des activités de leurs entreprises à l'internationale. Ces pays sont dotés d'environnements législatifs et réglementaires très sûrs où les risques politiques sont très faibles pour ne pas dire complètement inexistant.

aux yeux de la communauté des investisseurs internationaux. En effet, le risque africain⁴⁷³ est toujours avancé et même exagéré concernant les hésitations et la faiblesse des IDE. Ce risque politique, qui est en nette diminution,⁴⁷⁴ est matérialisé en Afrique de l'ouest par des risques politiques structurels et des risques politiques conjoncturels. La notion de « risque politique structurel » est une donnée fondamentale des systèmes politiques des pays de l'Afrique de l'ouest. Ces derniers sont entre autres marqués par la fréquence des instabilités (coups d'Etat, tensions et affrontements communautaires, fragilités institutionnelles conflits civils de basse intensité etc.). Alors que la donnée conjoncturelle des risques est représentée par la nature hautement conflictuelle des compétitions électorales⁴⁷⁵.

154. Il y a aussi l'équation majeure du terrorisme qui menace certains pays de la région ouest africaine⁴⁷⁶. Ces instabilités et risques politiques ont été tels que les Organisations régionales et sous régionales africaines s'en sont mêlées. L'UA innove à ce niveau en adoptant une démarche de « *condamnation et de rejet des changements anticonstitutionnels de gouvernement* »⁴⁷⁷. L'Organisation continentale va plus loin pour la suspension : « *les Gouvernements qui accèdent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels ne sont pas admis à participer aux activités de l'Union* »⁴⁷⁸. La prévention phénomène du risque, qui a causé tant de mal aux pays et aux habitants des pays d'Afrique de l'ouest, est prévue au plan sous régionale par l'Organisme Communautaire qu'est la CEDEAO⁴⁷⁹.

155. Les problèmes sécuritaires en Afrique de l'ouest ont toujours constitué un repoussoir envers les investisseurs étrangers. Ces problèmes de risque et d'instabilités politiques ont été

⁴⁷³ Voir OCDE Perspectives d'investissement international 2007 *Liberté d'investissement dans un monde en changement* OCDE 2007, p.131, 284p.

⁴⁷⁴ L'Afrique de l'ouest connaît une situation politique et institutionnelle assez « stable » actuellement. Bien que des poches d'instabilités subsistent- instabilité conjoncturelle due au terrorisme Mali, Niger et Nord Nigéria etc.- et que certains pays demeurent très faibles et en situation de post conflit (Côte d'Ivoire, Libéria etc., globalement la partie ouest du continent est dans une situation politique marquée par une certaine stabilité.

⁴⁷⁵ La compétition électorale dans des pays en gestation démocratique constitue un facteur supplémentaire d'aggravation du « risque-africain » en matière d'IDE. Tant les acteurs politiques (pouvoirs comme opposition) ne se font pas confiance dans les processus électoraux et que les juges constitutionnels (malgré les avancées) ne sont pas suffisamment indépendants comme dans les grandes démocraties (Etats-Unis, Allemagne, France etc).

⁴⁷⁶ Ce phénomène, qui est un véritable danger pour l'attractivité et la sécurisation des IDE, touche la région du Sahel (Mali, Niger et Burkina Faso et le Nord du Nigéria)

⁴⁷⁷ Voir article 4 « *principes* » (P) de l'Acte Constitutif de L'UA adopté à Lomé, le 11 juillet 2000.

⁴⁷⁸ Voir article 30 « *Suspension* » de l'Acte Constitutif de l'UA. Il n'y a pas que dans l'Union africaine où il existe une telle disposition. En effet l'article 9 de la Charte de l'organisation des États américains OEA dispose : qu' « *un membre de l'Organisation dont le gouvernement démocratiquement constitué est renversé par la force peut être l'objet d'une suspension de l'exercice de son droit de participation aux sessions de l'Assemblée générale, à la réunion de consultation, au sein des conseils de l'organisation et des conférences spécialisées, ainsi qu'aux séances de commissions, groupes de travail et autres organes subsidiaires qui existent. A) La faculté d'imposition d'une mesure de suspension n'est exercée que lorsque se seront révélées infructueuses toutes les démarches diplomatiques entreprises par l'Organisation pour arriver à rétablir la démocratie représentative dans l'Etat membre concerné(...)* ». Cité par Blaise Tchikaya dans « *Le droit de l'Union Africaine principes, institutions et jurisprudence* », Paris, Ed Berger-Levrault, mars 2014 p.190

⁴⁷⁹ A travers le cadre de prévention des conflits de la CEDEAO qui dans son paragraphe 5 de son règlement souligne : « *Le but du Cadre est de servir de référence au système de la CEDEAO et des États membres dans leurs efforts visant à renforcer la sécurité humaine au sein de la région* » Il s'en dégage deux aspects : « *prévention structurelle* » (éviter l'éclatement des crises) et « *opérationnelle* » (les mesures applicables face à une crise imminente), Voir Saidou Nourou Tall Droit des Organisations Internationales africaines Théorie générale droit communautaire comparé Droit de l'homme, apix et sécurité, ED l'harmattan, 2015 p. 486

tels que l'Union Africaine s'en soit mêlée. Ainsi l'Organisme communautaire continentale adopte une doctrine en matière de changement anticonstitutionnel⁴⁸⁰ de gouvernement en Afrique. L'auteur Ndulo souligne, en vers ce phénomène qui a joué sur l'image dégradante de l'Afrique, en affirmant : « Le changement anticonstitutionnel de gouvernement s'accompagne de l'abrogation, la suspension ou la modification en profondeur de la constitution et de l'interruption du processus démocratique » L'auteur note l'irruption des militaires dans le politique en montrant la manière dont ces derniers instrumentalisent les institutions étatiques : *« ceux qui ont usurpé le pouvoir de la sorte se mettent à gouverner par décret. Dans les cas où le pouvoir est remis à des civils, les militaires veillent au remplacement de l'ancienne constitution par un document nouveau qui leur garantit l'impunité et les met à l'abri de poursuites éventuelles. Pis encore, le dirigeant militaire va parfois jusqu'à se présenter aux élections sous l'habit neuf de « civil », perpétuant ainsi la mainmise de l'armée sur la vie nationale »*⁴⁸¹. A côté de l'équation liée à l'instabilité chronique en Afrique de l'ouest, il y a la problématique liée à l'ampleur des besoins et la faiblesse de la garantie des investissements étrangers.

b. L'ampleur des besoins et la faiblesse de la garantie-des investissements

156. L'Afrique de l'ouest possède d'immenses ressources naturelles non encore exploitées et des centaines de milliers de terres arables pour l'agriculture et il y'a l'immensité des besoins en matière d'infrastructures. De même cette région du continent africain a beaucoup de retard sur le plan des infrastructures.

La capacité d'exploitation de ces immenses atouts, au-delà d'une réglementation juridique stable et prévisible, dépend de deux facteurs : la compétence scientifique et technique et la capacité financière (banque, bourse, fonds d'investissement et épargne faible etc.). Ces deux facteurs n'existent pas ou sont dans l'état très embryonnaire dans les pays de la sous-région ouest africaine.

Les investisseurs des pays de l'OCDE⁴⁸² hésitent à implanter des capacités de production (usines, zones franches, infrastructures structurantes majeures) ces pays avancent et argument sur le risque africain qui est toujours repoussoir et dissuasif. L'AMGI a joué sa partition dans son objectif de garantie et de promotion des investissements étrangers dans les pays en développement. En effet : *« Entre sa création(1988) et le 1^{er} septembre 2007, l'AMGI avait*

⁴⁸⁰Le comité de l'Union Africaine(UA) sur les changements anticonstitutionnels qualifie les situations suivantes comme étant des changements illégaux de gouvernement (a) l'intervention de mercenaires pour déposer un gouvernement démocratiquement élu ;(b) le remplacement d'un gouvernement élu par des groupes dissidents ou des mouvements rebelles ; et(c) le refus par un gouvernement en fin de mandat de céder le pouvoir au parti sorit vainqueur d'élections libres et honnêtes », Voir Déclaration adoptée à Lomé en juillet 2000, AU DOC.AHG/Decl.5(XXXVI). Cité par Muna Ndulo, « L'interdiction des changements anticonstitutionnels de gouvernement », p.223

⁴⁸¹Voir Ndulo M. « L'interdiction des changements anticonstitutionnels de gouvernement », in « *L'Union Africaine Cadre juridique et institutionnel Manuel sur l'Organisation Panafricaine* » SD Abdulqawi A. Yusuf et Fatsah Ouguerouz, Ed Pedone, 2013, pp 222-242, p. 222

⁴⁸²Les investisseurs des pays de l'OCDE sont exportateurs de capitaux. Cet ensemble regroupe les plus grands pays industriels et développés du monde. Voir « Perspectives d'investissement international Liberté d'investissement dans un monde en changement », OCDE 2007, p.63

accordé sa garantie à 885 projets dans 96 pays(en développement ou en transition) pour un total de 17,4 milliards de dollars... »⁴⁸³

157. Malgré cette contribution assez importante sur le plan de la garantie de l'Agence de Washington, la faiblesse des investissements étrangers demeurent dans ces pays. Un auteur parle à ce propos de d' « *efficacité perfectible* » en soulignant : « *Il est évident que l'AMGI ne peut inverser à elle seule une tendance générale de l'économie internationale qui joue en défaveur des pays du Tiers-Monde. Son efficacité peut néanmoins être améliorée, du point de vue d'un développement centré sur la satisfaction prioritaires des besoins humains* »⁴⁸⁴ Ces derniers ont besoin d'être accompagnés (par des investissements massifs et records garantis juridiquement). Puisque la sécurité juridique des capitaux (très précaire) est une donnée et un enjeu essentiel pour attirer les investisseurs étrangers.

158. Cette faiblesse des investissements étrangers en Afrique de l'ouest est d'autant plus incompréhensible que la structure qu'est l'AMGI s'est toujours voulue comme un instrument nouveau de coopération entre pays exportateurs de capitaux et ceux importateurs. Selon Ibrahim Shihata l'Agence se différencie et offre des innovations importantes en cinq points :

i) Alors qu'on n'avait jusqu'ici songé qu'à des opérations de garantie, l'A.M.G.offrir aux pays importateurs et exportateurs de capitaux et aux investisseurs étrangers un cadre élargi pour la formulation de politiques satisfaisantes pour tous. L'assurance n'est que l'un des moyens dont elle disposera pour atteindre son objectif véritable, qui est d'encourager les flux d'investissement à des fins productives.

ii) Alors que les propositions précédentes étaient axées sur les flux d'investissement en provenance de pays développés, l'A.M.G.I. participera également, et la convention le prévoit expressément, à la promotion de flux d'investissement entre pays en développement.

iii) Contrairement aux institutions précédemment proposées, qui devaient avoir un lien étroit avec la Banque, l'A.M.G.I. est conçue comme un organisme autonome qui agira pour son propre compte et sous sa propre responsabilité, tout en ayant un lien symbolique, mais non négligeable, avec la Banque. La convention précise en effet que le président de la Banque sera d'office Président du Conseil d'Administration de l'A.M.G.I. et que le Président de l'Agence sera nommé sur sa proposition.

iv) Les pays d'origine et les pays d'accueil se partageront la supervision politique de l'A.M.G.I. et seront financièrement responsables de l'Agence, alors que les institutions précédemment envisagées auraient été contrôlées et financées exclusivement par les pays d'origine des investissements. »

v) Enfin, la Convention contient un certain nombre de clauses qui garantissent plus que ne l'auraient fait les systèmes précédemment imaginés. Le contrôle des

⁴⁸³ Voir Daillier(P.), Forteau (M.) Pellet (A), « Droit international public », Paris, 8^e ed. Ed LGDJ p.1226

⁴⁸⁴ Voir Jos Em. « L'Agence Multilatérale de Garantie des investissements : une contribution positive, mais insuffisante, pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement », RGDIP, 1994 Tome XCVIII-1994, pp 387-413, p.401

gouvernements des pays d'accueil sur les activités d'investissement s'exerçant sur leurs territoires, tout en disposant que l'A.M.G.I. devra travailler à améliorer les normes et conditions régissant les investissements en accord avec ces gouvernements. »⁴⁸⁵.

Toutefois dans le contexte des pays d'Afrique de l'ouest, une couverture des risques politiques en bonne et due forme est une condition sine qua non pour assurer une sécurité juridique et une promotion des investissements étrangers. Ceci pose pas mal de perspectives pour l'avenir des IDE dans la sous-région ouest africaine.

c. Les perspectives de la garantie AMGI- contre les risques en Afrique de l'ouest

159. L'Agence de la Banque Mondiale doit revoir sa stratégie africaine (faire de l'Afrique de l'ouest le cœur de ces interventions pour plusieurs raisons). En effet, sa présence est symbolique dans la mesure où, outre le volet juridique, la couverture des risques politiques constitue un effet d'entraînement afin de pousser d'autres investisseurs étrangers à s'installer dans le pays ou dans la région. Compte tenu des immenses défis qui portent sur l'attractivité et la sécurité juridique des investissements étrangers dans la région, l'heure est selon un auteur : *« à la recherche de mécanisme qui permettront notamment :*

- *D'attirer plus de capitaux vers les pays en développement,*
- *De faciliter les investissements croisés entre pays du sud,*
- *De diversifier les sources d'investissement du nord vers le sud (plus de pays, et d'autres acteurs que les sociétés transnationales),*
- *De mieux tirer parti au plan commercial des produits au sein des entreprises bénéficiant de ces investissements,*
- *De respecter les droits fondamentaux des personnes au sein des entreprises bénéficiant de ces investissements,*
- *De faciliter le transfert de technologie vers les pays d'accueil, »⁴⁸⁶.*

160. Le temps est venu pour les pays d'Afrique de l'ouest d'instaurer une Agence ou structure intracommunautaire chargée de garantir les Risques non-commerciaux pour favoriser les investissements intra et extracommunautaire. Dans les perspectives de la Garantie des investissements dans la région ouest africaine « la fonction du

⁴⁸⁵ Voir Shihata Ib « L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements », AFDI, XXXIII-1987, pp 601-613, p. 604 op cit. p. 607. Cet auteur avocat Egyptien est un fin connaisseur en interne de la Banque Mondiale, il fut Vice-Président et conseiller juridique de la Banque Mondiale ; Secrétaire général du CIRD.

⁴⁸⁶ Voir Jos (Em.) « L'Agence Multilatérale de garantie des investissements : une contribution positive, mais insuffisante, pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement », RGDIP 1994, pp 387-413, p. 404, l'auteur note aussi à la p. 404 qu'à cela « le groupe de la Banque peut sans aucun doute, contribuer encore davantage, singulièrement à travers l'AMGI ».

développement » de l'investissement doit être mieux réaffirmée. Même si c'est la finalité au niveau interne et surtout externe à travers les Organisations économique internationales. C'est ainsi que l'ancien directeur de la Banque Mondiale M. Robert McNamara notait :

« (...) les institutions financières, dont la Banque Mondiale, se trouvent dans un dilemme : est-il possible d'aider les pays en voie de développement à éviter ou à atténuer certains des dommages que le développement économique peut causer à l'environnement, sans ralentir en même temps le rythme de leur progrès économique ? Nous savons ce qu'une rupture de l'équilibre écologique peut coûter à la société. Nous savons également que l'on peut, sans grands frais, prévenir des dégâts dont la réparation entraînerait des dépenses bien plus considérables.

*C'est pourquoi nous venons de créer à la Banque mondiale une petite section qui a pour mandat de prévoir dans toute la mesure du possible des conséquences pour lesquels est sollicité notre financement (...) nous voudrions mettre au point des concepts qui permettraient à nous et aux autres institutions de financement du développement d'étudier systématiquement, sous l'angle d'une analyse coûts – bénéfices, la répercussion que les progrès de développement peuvent avoir sur le milieu naturel. Je ne me cache pas les difficultés de cette tâche, mais je suis en même temps convaincu de son importance ».*⁴⁸⁷

La garantie des investissements étrangers contre les risques est un instrument de promotion et d'attractivité des IDE dans des pays comme ceux d'Afrique de l'Ouest. Ces derniers ont la particularité de ne pas disposer d'une structure qui s'occupe de la couverture contre les risques non commerciaux. C'est la raison pour laquelle, l'Agence créée par la Convention de Séoul doit penser à ouvrir des bureaux de représentation régionale en Afrique de l'Ouest puisque ce continent a toujours été le parent pauvre de la couverture des risques politiques en matière d'IDE ce qui nuit fortement à la sécurité juridique des investissements par conséquent à son attractivité.

⁴⁸⁷ Discours prononcé par M. Robert McNamara devant le conseil économique et social des nations-Unies à New York le 13 novembre 1970. Cité par Nitish Monebhurrin « *La fonction du développement dans le droit international des investissements* », Paris, Ed. L'harmattan, 2016 pp. 351-352

Conclusion du chapitre 2 :

161. L'idéal contenu dans les règles relatives à la protection des investissements étrangers a été vite rattrapé par le pragmatisme. Ce dernier s'est traduit par l'adhésion, en bonne et due forme, des pays d'Afrique de l'ouest aux conventions sectorielles pertinentes négociées sous l'égide du groupe de la Banque Mondiale. La souscription aux accords internationaux d'arbitrage et de garantie a introduit une nouvelle donne en matière de protection des investissements. Les règles relatives au règlement des différends et des litiges en matière d'investissements étrangers échoient, non pas aux juges étatiques internes, mais à un tribunal arbitrage où l'Etat a les mêmes droits et prérogatives que la personne morale auteur de l'investissement. Cette nouveauté dans la protection de l'investissement renforce considérablement la protection en faveur de l'investisseur et affaiblit par conséquent les Etats.

162. Le règlement des différends par la voie de l'arbitrage est devenu une condition qui renforce la sécurité juridique et judiciaire des investisseurs, mais surtout est la condition sine qua non pour l'attractivité et la promotion des investissements étrangers dans la sous-région ouest africaine. Autrement dit, l'arbitrage est un mécanisme de garantie judiciaire pour sécuriser les investissements : ce qui - d'une certaine manière - pose des questions de souveraineté de l'Etat d'accueil, mais aussi des problèmes spécifiques à ces États compte tenu de la complexité technique et financière du règlement arbitral. Ce mécanisme est néanmoins désormais intériorisé dans toutes les règles relatives à l'accueil et à la protection de l'investissement. L'autre instrument, qui vient encore corroborer cet élan pragmatiste des règles relatives à la protection, est la prévention des risques liés à l'investissement par le biais de la Convention pertinente de Séoul 1985. Ces instruments de protection ont été conçus par leurs concepteurs comme des mécanismes de promotion, d'assistance et de modernisation destinés à ces pays en vue de leur permettre d'accueillir plus d'investissement pour leur développement. Les pays d'Afrique de l'ouest, tout comme d'autres, ont suivi l'air du temps en matière de protection des investissements étrangers. Le modèle juridique de protection des investissements étrangers instaurés par les pays d'Afrique de l'Ouest est marqué par l'incitation et l'adaptabilité dans le sens d'un traitement non discriminatoire et en conformité avec les meilleures pratiques internationales. Ceci illustre un modèle de protection non globale et peu sécurisant en retour pour ces pays surtout en ce qui concerne leurs intérêts légitimes et leur attente à pouvoir bénéficier du partenariat avec les investisseurs étrangers.

Conclusion du Titre 1

163. Les pays d'Afrique de l'ouest ont un statut particulier en droit international des investissements : ils sont tous receveurs d'investissements directs internationaux. Dans ces pays, contrairement aux pays avancés, l'Etat est présent dans l'activité économique d'où l'importance d'avoir un cadre juridique sécurisant et attractif pour attirer les investissements, la technologie et le savoir-faire. En vue de ce processus, les pays de la sous-région ont essayé de mettre en place des réglementations attractives tout en prenant compte de leurs spécificités, attentes, vulnérabilités et particularités. C'est ainsi que la protection juridique de l'investissement a toujours été un objectif et une préoccupation⁴⁸⁸. C'est ce qui les a conduits à nouer des relations de partenariat et d'investissements avec des entreprises étrangères.

164. Les réglementations au plan juridique ont, dans ce domaine, suivi « l'air du temps⁴⁸⁹ » pour adapter leurs cadres en fonction de l'environnement international pour l'adapter. Initialement, ces cadres ont épousé des contours idéologiques et progressistes assez marquées, avant d'être progressivement gagnés par le pragmatisme à travers l'adhésion aux instruments conventionnels internationaux sectoriels. La protection juridique des investissements étrangers dans les pays de la sous-région ouest africaine n'a pas atteint un certain degré de sécurité juridique et institutionnelle. Malgré la « volonté politique » d'accueillir les IDE, les investisseurs et surtout les États n'y ont pas trouvé leur compte.

165. En amont, les cadres juridiques ont toujours été attractifs (accueil, traitement, protection et système de règlement des différends par l'arbitrage), mais en aval, il est très difficile de faire du business dans ces pays. L'interprétation et la mauvaise exécution des lois de la part des administrations publiques ont été préjudiciables à la communauté des investisseurs étrangers. Il s'y ajoute d'autres facteurs tels qu'un mauvais cadre réglementaire pour éviter les discriminations, abus, harcèlement et chantages dont les investisseurs sont victimes. Ces comportements en aval, qui accélère la dégradation de l'environnement juridique, ont précipité la prudence voire la méfiance de certains investisseurs potentiels intéressés par les marchés africains.

166. Pour les acteurs étatiques, les efforts mis en place pour offrir un cadre juridique accueillant et préférentiel n'ont pas, la plupart du temps, été payés en retour. En effet, l'immense potentialité, que représentent les ressources naturelles, les terres fertiles et la jeunesse de la population, n'a pas été valorisée. Du fait, d'une stratégie de développement à court terme des firmes transnationales fondées sur l'exploitation des matières premières dont regorge le sous-sol de ces pays. En un mot, les réglementations ne sont pas adaptées, ni

⁴⁸⁸ La particularité de la protection des investissements étrangers, dans les pays de cette partie du continent, c'est que ces derniers ont tout fait pour éviter les nationalisations et expropriations à grande échelle comme on en a connu ailleurs (le monde arabe et en Amérique Latine). Dans les réglementations, on a évité les « solutions radicales et extrêmes ». Il n'y a que des adaptations pour permettre aux nationaux de jouer leurs rôles

⁴⁸⁹ Cela constitue à poursuivre plusieurs stratégies à la fois adaptables selon les interlocuteurs et la situation internationale. Les pays d'Afrique de l'ouest ont adopté un cadre juridique protecteur à orientation libéral interventionniste, puis Tiers-mondiste pour certains d'entre-deux avant d'être rattrapés par le pragmatisme législatif et réglementaire.

cohérentes ni efficaces pour avoir des investissements protecteurs et gagnant-gagnant. La protection juridique (si on se fonde sur son caractère substantielle n'a pas eu l'effet escompté du point de vue de la recherche d'un environnement hautement sécurisant et prévisible pour les investisseurs. Cela malgré l'existence de mécanismes internationaux de protection (règlement par voie d'arbitrage et de garantie contre les risques) qui sont d'un apport considérable de sécurisation juridique des capitaux dans ces pays. De même le modèle de protection choisie n'a pas été d'une grande efficacité du point de vue de l'attractivité aux capitaux, la valorisation des immenses potentialités que possèdent ces pays. L'évolution de la protection se fera nettement sentir avec l'émergence de nouveaux instruments juridiques internes et externes qui tentent de moderniser le cadre juridique relatif aux investissements étrangers. Il s'agit des codes d'investissement et les instruments conventionnels, très prisés de nos jours, que sont les traités bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements étrangers.

Titre 2 : L'attraction finale du développement vers et à par la protection juridique des investissements étrangers par les instruments nationaux et bilatéraux

167. La protection des investissements étrangers en Afrique de l'ouest s'inscrit dans un environnement et un contexte tout à fait nouveaux⁴⁹⁰. En effet, traditionnellement perçus par la communauté des investisseurs comme des pays institutionnellement faibles, avec une insécurité juridique manifeste où faire du business y est particulièrement dur. Les pays d'Afrique de l'ouest, à la faveur de l'ouverture économique et des réformes d'envergure au plan juridique, s'inscrivent dans une dynamique marquée par la stratégie de la porte ouverte quant à l'accueil et le traitement des investissements internationaux. Ils s'inscrivent dans la modernisation en donnant un contenu « internationalisé » aux textes relatifs aux investissements étrangers. Cette longue marche vise à obtenir- à l'instar des pays avancés de l'OCDE- un haut niveau de pratiques et de protection en matière d'investissements étrangers. Ainsi, les conceptions en la matière actuellement sont : attractivité des pays, libéralisation sectorielle, accueil et promotion des investissements, avantages, facilités et rencontres multiples en vue de séduire les détenteurs de capitaux et de technologies à venir investir dans des pays -qui en ont urgemment besoin- pour transformer les immenses potentialités de leur sous-sol. Selon Michelet : « *une politique de promotion des investissements doit répondre à un certain nombre de conditions pour qu'un pays soit attractif* :

« *Garantir la stabilité politique et économique du pays à moyen-long terme* :

*Alléger le cadre juridique et réglementaire ainsi que les procédures administratives dans le but d'éliminer les statuts discriminants entre les investisseurs nationaux et étrangers, de réduire les contraintes opérationnelles recouvertes par la notion de TRIMs qui ont été longtemps imposés aux firmes étrangères, de réduire le nombre de formalités administratives, les délais de prise de décision de l'administration et de les rendre transparentes et automatiques. Garantir un système juridictionnel efficient et équitable dans la résolution des conflits entre les investisseurs étrangers et leurs partenaires locaux de statut public ou privé- sans exclure la liberté de recourir à des procédures d'arbitrage international*⁴⁹¹ ». Sur ce point, il faut noter que ces pays se livrent à une concurrence sans merci en vue d'accueillir les investisseurs étrangers et porteurs de projets de développement. Cette concurrence ne va pas

⁴⁹⁰ Les pays d'Afrique se sont résolument inscrits dans une dynamique de la stratégie de la « porte ouverte » en matière de protection et de promotion des investissements étrangers. Ceci par le biais de la modernisation et de profondes réformes des instruments juridiques nationaux (codes des investissements, codes miniers et code pétroliers etc.). La signature de nombreux traités de protection et d'encouragement des IDE avec des pays émetteurs.

⁴⁹¹ Voir Charles Albert Michelet cité par Philippe Kahn. Ce dernier analysant les codes des investissements dans les pays africains soulignent : « *Cette charte de l'attractivité a été appliquée dans de nombreux pays qui ont révisé leur code d'investissement dans ce sens, allégeant les procédures d'entrée et accordant de multiples avantages aux investisseurs étrangers et locaux, acceptant de leur donner des garanties importantes concernant l'intervention du pouvoir politique. Il en résulte que les textes sont de plus en plus similaires d'un pays à l'autre et que ces nouvelles pratiques facilitent ainsi l'idée qu'il existerait actuellement un droit international de l'investissement et non plus des droits nationaux en raison de la répétition des règles, ce qui pourrait laisser penser qu'une coutume internationale est née ou du moins en train de naître* », Voir Kahn (Ph.), « *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux* », Ed Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston, 2006, pp. 22-23

sans un déséquilibre manifeste des cadres juridiques en faveurs des investisseurs dont les avantages et facilités sont toujours sans cesse grandes. Dans cette partie, nous verrons les deux instruments juridiques phares de l'attraction internationalisée de la protection des investissements étrangers que sont les codes des investissements et sectoriels (chapitre 1) et les instruments conventionnels bilatéraux que sont les traités bilatéraux de protection et d'encouragement des investissements (TBI) signés par les pays d'Afrique de l'Ouest (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les instruments juridiques nationaux de la protection : les codes des investissements et sectoriels

168. Les instruments juridiques nationaux ont été conçus, en matière de protection, dans une optique sécuritaire et de promotion. Cela vise à atténuer l'image d'une sous-région où le climat juridique est précaire et peu protecteur. Alors que dans les pays avancés de l'OCDE, ces questions relatives à l'accueil, au traitement, à la protection et aux garanties des investissements étrangers sont dans une large mesure réglées. En Afrique de l'ouest, ce n'est pas toujours le cas. Les lois spéciales prévoyant la constitution, le traitement, la protection et le règlement des différends en matière d'investissement, sont des instruments de séduction pour des pays confrontés à la faiblesse de l'épargne intérieure, de la technologie et de savoir-faire éprouvés en matière de développement. C'est la raison pour laquelle, l'option sécuritaire -au plan juridique- est devenue une condition sine qua non pour espérer accueillir et séduire les investisseurs étrangers. Ces derniers, souvent, se trouvant en position de force, font des arbitrages et prennent leurs décisions d'investir en fonction de critères et de considérations répondant à une « double rationalités » : « *rationalité économique- l'investissement doit présenter un caractère de rentabilité, c'est-à-dire, à terme, se révéler bénéficiaire, et non déficitaire ; rationalité politique- l'investissement doit jouir d'une certaine sécurité, en sorte que sa rentabilité ne soit pas compromise par la réalisation de risques politiques, sur lesquels l'investisseur, par définition, n'a pas de prise* »⁴⁹².

169. En vue de rendre leur environnement juridique et institutionnel attractif, les pays d'Afrique de l'ouest ont adopté des codes d'investissements très innovants. Ces instruments- du fait de l'évolution de l'environnement juridique et surtout économique international et les « *attentes légitimes* » des investisseurs- voient leurs contenus internationalisés. Analysant ces instruments juridiques internes, le professeur Arnaud de Nanteuil note que : « *La plupart des États aujourd'hui – à tous les moins ceux qui entendent accueillir des investissements étrangers – ont adopté une législation spécifique destinées à fournir un cadre juridique stable et attractif aux opérateurs souhaitant développer une activité sur leur territoire. Il y a dans ces ensembles normatifs un enjeu considérable pour l'Etat : d'un côté un cadre trop étreint ou complexe risque de nuire considérablement à son image et donc à son attractivité, ce dont son développement économique-et donc sa population- sera nécessairement victime. D'un autre côté, adopter une réglementation particulièrement souple et peu regardante n'est pas sans risque, notamment au regard des conditions de travail et de protection de l'environnement qui pourraient être pratiquées par les investisseurs étrangers et qui sont également déterminantes pour le développement d'un Etat.* »⁴⁹³. La poursuite de cette préoccupation sécuritaire concerne des domaines qui ne sont pas prévus par les codes généraux, mais par une législation spécifique : il s'agit des instruments portant sur les ressources naturelles tels que les codes pétroliers et miniers. Ces pays rivalisent d'ardeur pour

⁴⁹² Voir Julliard (P.) Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye 1994 VI « *l'évolution des sources du droit international des investissements* », 1997 Ed. Martinus Nijhoff Publishers The Hague, Boston/ London, 215p. p. 29

⁴⁹³ Voir De Nanteuil (Ar.) *Droit international de l'investissement*, Paris Ed. A. Pedone 2014, 419 p. p.56 op cit

moderniser sans cesse ces instruments juridiques que sont les codes d'investissement⁴⁹⁴. Dans ce chapitre 1, il sera question- pour montrer la teneur des différents codes- du caractère internationalisé des instruments juridiques nationaux de protection (Section 1). De même il sera question- pour poursuivre dans cet élan sécuritaire- de la recherche substantielle de protection à travers les codes (section 2). Enfin une étude cas du secteur des investissements extractifs qui concerne un pays d'Afrique de l'ouest qu'est le Sénégal (section 3).

Section 1 : Des instruments juridiques aux contenus internationalisés

170. Plusieurs études⁴⁹⁵ ont été faites sur les codes des investissements dans les pays en développement (contenus, innovations, portées et limites). Cet instrument de protection des investissements étrangers (outre le caractère juridique) devienne par la force des besoins des outils pour vendre l'attractivité comme vitrine et destination privilégiée des investissements et des investisseurs étrangers. Ils sont l'expression de la mondialisation libérale triomphante marquée entre autre par une concurrence accrue des États pour accueillir, séduire et offrir des facilités et des faveurs aux entreprises et pays investisseurs. Le professeur Ferhat Horchani le résume bien ainsi :

171. *« De nos jours, le débat n'est plus de nature idéologique mais technique et porte sur la recherche de la meilleure manière d'attirer les capitaux privés étrangers. Les Etats, en particulier ceux en développement, adoptent des mesures et des stratégies pour promouvoir les investissements étrangers ; une véritable compétition, parfois une surenchère, sont engagées en vue d'embellir le climat de l'investissement. Dans la plupart des pays, des législations favorables sont adoptées, y compris dans les États qui étaient hostiles ou réticents à l'égard des investissements étrangers (Amérique centrale et latine, Chine, pays du Sud-est asiatique...) Certains pays ou groupes de pays les plus émergents deviennent de grands marchés potentiels et réels pour l'investissement des firmes transnationales. »*⁴⁹⁶.

172. Les instruments de protection et de promotion se résument souvent en une énumération sectorielle : des avantages et potentialités économiques des pays de la sous-région, à la définition des objectifs assignés à l'investissement et aux investisseurs étrangers, à l'instauration d'un régime des garanties et de la procédure d'agrément, à la prévision d'un régime de privilèges et des modalités de règlement des différends. Ils ont été des innovations majeures- pour la sécurité juridique du climat des affaires- surtout dans le contexte de l'Afrique de l'ouest où l'exécution des lois et règlements par les administrations publiques laisse beaucoup à désirer. De même, il y a l'équation liée à leurs capacités à permettre un traitement non discriminatoire des capitaux extérieurs investis. L'option qui est adoptée ici par les pays d'Afrique de l'ouest est le pragmatisme sans aucune considération idéologique.

⁴⁹⁴ Voir l'ouvrage de Hygin D. Amboulou « OHADA Code des investissements et des activités économiques » 1^{re} édition, éd. L'harmattan, 2017

⁴⁹⁵ Parmi celles-ci, il y a : Patrick Juillard, « L'évolution des sources du droit des investissements », R.C.A.D.I. vol. 250, 1994 ; (Ph.) Kahn, « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française », J.D.I., 1965

⁴⁹⁶ Voir Horchani F. « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », JDI 2, 2004, pp.367-417, p.386

Autrement, la transformation des ressources économiques a besoin de la contribution de l'extérieur. Ce dernier ne s'implique qu'en échange d'un cadre juridique et réglementaire prévisible, moderne, attractif et non discriminatoire. Sur ce point, longtemps l'attitude a été confuse entre les États exportateurs de capitaux et les États importateurs de capitaux. Dans leur classique sur le droit international public, les auteurs Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet le résument ainsi : « *L'attitude des États a longtemps été ambivalente, en ce qui concerne les investissements étrangers sur leur territoire et les investissements nationaux à l'étranger. D'un côté, les États peuvent se montrer soucieux de conserver la maîtrise de leur politique industrielle et de ne pas soumettre leur balance des paiements à des tensions excessives. De l'autre, ils souhaitent de plus en plus favoriser l'entrée des capitaux qui financent leur développement ; la contrepartie de cette politique très largement dominante aujourd'hui, est qu'il faut garantir la sécurité des investissements étrangers et la liberté de circulation des capitaux dans le sens de l'entrée et de la sortie.* »⁴⁹⁷. Pour cette section, Il s'agit de montrer le souci principal qui anime le législateur dans ces pays, avoir un environnement législatif et réglementaire internationalisé et conforme aux meilleures pratiques internationales sur le plan du traitement et de la protection de l'investissement et de l'investisseur. Le souci « d'internationalisation » pour se conformer aux standards et pratiques de haut niveau se traduit entre autres par l'adoption d'instruments juridiques incitatifs et très attractifs dont le maître mot est la non discrimination de l'investisseur étranger vis-à-vis des entreprises locales. De même, la préoccupation « internationaliste » vise entre autres à mieux lutter contre la bureaucratie étouffante, inefficace et tentaculaire en ce qui concerne le traitement procédural des investissements étrangers. C'est la raison pour la quelle, de nouvelles procédure d'agrément sont prévues en vue d'une plus grande efficacité et rapidité dans le traitement administratif des dossiers d'investissements. Nous verrons les différentes définitions, les objectifs et le champ d'application prévus par ces instruments juridiques internes (§1). De même nous verrons les procédures d'agrément prévus par ces textes (§2).

S- Paragraphe 1 : Définitions, objectifs et champ d'application prévus par ces instruments

173. Les instruments juridiques qui prévoient et encadrent la constitution et le traitement des investissements étrangers dans la sous-région ouest africaine ont des appellations différentes telle que Code ou règlement d'investissement selon la tradition juridique romano germanique ou de Common Law des pays concernés, mais des similitudes frappantes en ce qui concerne en ce qui concerne les diverses définitions de l'investisseur et de l'investissement protégés dans ces législations(A) ainsi que le rôle que l'investisseur devrait jouer pour accompagner le processus de développement et les préoccupations développementalistes(B).

⁴⁹⁷ Voir Daillier P., Forteau M. & Pellet A., *droit international public*, Paris, 8^e éd. Ed. LGDJ 2009, pp. 1202-1203

A : Les définitions de l'investisseur et de l'investissement protégées dans ces instruments

174. L'objet de ces *codes* ce sont les investissements étrangers à protéger et à promouvoir. Il y a aussi la nécessité pour ces apports de capitaux extérieurs de jouer le rôle qui doit être le sien dans le processus de développement. Nous verrons le statut de l'investisseur (1). La distinction entre différentes formes d'investissements étrangers (2) et la notion d'entreprise inscrite dans ces textes (3)

1) L'investisseur étranger : un acteur au statut sur protégé ?

175. C'est une des faiblesses majeures -souvent lisibles- des instruments juridiques africains relatifs à la protection des investissements, parler de protection d'investisseurs (détenteurs de capitaux, de technologie et de savoir-faire particuliers) fait souvent allusion à l'étranger et aux investisseurs étrangers⁴⁹⁸ que les nationaux. Cette distinction, pour ne pas dire cette discrimination⁴⁹⁹ à rebours, a fini par consacrer un statut ultra protégé de l'investisseur étranger. Toutefois, les législations ouest africaines relatives aux IDE prévoient une « *place* » et un « *statut* » aux nationaux (personnes physiques ou morales) détenteurs de capitaux, de savoir-faire et qui veulent se lancer⁵⁰⁰. Plusieurs instruments internes insistent sur le caractère double (interne et international) de la personnalité physique ou morale ayant le statut d'investisseur, et donc plusieurs codes d'investissements de pays d'Afrique de l'ouest le prévoient, tel aussi celui du Mali de Février 2012 qui vise « *Investisseur* » comme : « *Toute personne, physique ou morale, de nationalité malienne ou étrangère, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent code, des opérations d'investissement sur le territoire de la République du Mali* »⁵⁰¹. Cette volonté de traitement égalitaire et de prévoir une place aux nationaux dans les possibilités d'investir comme personne physique ou morale se retrouve dans les instruments d'autres pays de la CEDEAO.

176. Ainsi, le Code d'un pays comme le Niger dispose qu'un « *investisseur* » est comme : « *Toute personne, physique ou morale, de nationalité nigérienne ou non, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent Code, des opérations d'investissement sur le*

⁴⁹⁸ Voir l'étude du Centre de Développement de l'OCDE « *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? Une étude de la concurrence entre gouvernements* » Charles Oman OCDE 2000

⁴⁹⁹ Voir Lavie J-Pierre, « *Protection et promotion des investissements Etude de droit international* », Paris, éd PUF, 1985

⁵⁰⁰ c'est le sens de l'Ordonnance n°2012-487 du 07 juin portant *Code des investissements* en Cote d'Ivoire dans son article 1 k) dispose que l'« *Investisseur* » désigne : « *Toute personne, physique ou morale, de nationalité ivoirienne ou non, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent Code, des opérations d'investissement sur le territoire de la Cote d'Ivoire* ». Malgré cela, quand on parle d'investisseur-implicitement et automatiquement- on pense aux investisseurs étrangers, malgré le fait que les textes pertinents en disposent autrement.

⁵⁰¹ Voir Article 2 de la Loi N° 2012-016/du 27 février portant *Code des investissements du Mali*

territoire du Niger »⁵⁰². De même que l'investisseur personne physique ne désigne une personne physique nationale ou étrangère à qui on accorde une protection de ses investissements en vertu de la loi. Il peut aussi désigner une personne morale de droit public ou privé externe c'est-à-dire une société sous forme juridique particulière (Société à responsabilité limitée, Société Anonyme S.A ; Société unipersonnelle etc.). Si la personnalité physique peut être identifiée à travers ces investissements, il n'en est pas de même toujours en ce qui concerne la personne morale du fait de son aspect englobant. Selon J. Pierre. Laviec : « *les sociétés englobent toute entité avec ou sans personnalité juridique, à responsabilité limitée ou non, à but lucratif ou bon ; .Une définition aussi large permet de couvrir des associations à vocation humanitaire, des collectivités territoriales ou des établissements publics, outre des sociétés commerciales sans personnalité juridique, pour autant que leurs avoirs aient été reconnus comme des investissements* »⁵⁰³.

177. Quoi qu'il en soit, même s'il y a une volonté de traiter de façon identique les investisseurs, quel que soit leur statut de national ou d'étranger, cette affirmation peut être démentie dans les faits dérogatoires prévus parfois dans les codes. Il en est ainsi par exemple du Code guinéen des investissements selon lequel « *les investisseurs étrangers reçoivent en République de Guinée un traitement identique à celui accordé aux investisseurs nationaux. Des mesures nationales visant à promouvoir l'entrepreneuriat national peuvent cependant, déroger valablement au principe posé au premier alinéa du présent article, et ce, sans préjudice des engagements internationaux de la République de Guinée, relatifs au principe d'égalité de traitement des investisseurs* »⁵⁰⁴. Même si le cadre législatif et réglementaire s'efforce de traiter théoriquement sans discrimination aucune les investisseurs, il est par ailleurs indiqué que « *l'Etat œuvrera activement pour l'instauration d'un environnement favorable aux investisseurs dont les projets sont éligibles au présent Code* » ; or dans la pratique, souvent c'est l'investisseur étranger qui se trouve favorisé et a, de fait, le statut- le plus enviable. Cela est dû à certains paramètres techniques, financiers et humains. En effet, souvent, dans les pays d'Afrique de l'Ouest (Statut de PMA la plupart d'entre eux) le manque de moyens financiers, de capacité technique et de savoir-faire dans plusieurs domaines du développement touchent aussi bien les Etats, mais aussi et surtout leurs secteurs privés nationaux⁵⁰⁵. C'est la raison pour laquelle, l'investisseur étranger munit d'une certaine

⁵⁰² Voir Article 2 al 2 de la Loi N° 2014-09 portant Code des investissements en République du Niger. Dans le Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire on y trouve étonnamment la même phrase, l'article 1 K) dispose : « *Investisseur : toute personne, physique ou morale, de nationalité ivoirienne ou non, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent Code, des opérations d'investissement sur le territoire de la Cote d'Ivoire* », voir Ordonnance N° 2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire. De même que Le Code des investissements du Togo, dans son article 2 dispose : « *Investisseur : toute personne physique ou morale togolaise ou étrangère réalisant un investissement dans les conditions définies par le présent Code, sur le* territoire national* », voir article 2 al5 de la Loi N°2012-001 portant Code des investissements de la République Togolaise

⁵⁰³ Voir J-Pierre Laviec *Protection et promotion des investissements Etude de droit international*, Paris, Ed. PUF, 1985 p.37

⁵⁰⁴ Voir Article 10 de la Loi L/2015 du 25 mai 2015 portant Code des investissements de la République de Guinée

⁵⁰⁵ Constat partagé Elliot Anani Sitti selon qui : « *L'entrepreneuriat est interpellé ; malheureusement, il ne peut valablement répondre du fait de sa quasi-inexistence et de ses balbutiements. Derrière cette tare se cachent des réalités aussi cuisantes qu'inhumaines : l'absence d'une culture entrepreneuriale et le manque de soutien à*

expérience en terme de- capacité de financement importante, accès aux banques et marchés financiers, savoir-faire technologique éprouvé et multisectoriel et accompagnement par leurs gouvernements contre les risques politiques etc.,- jouit d'un statut privilégie que ne peut se permettre l'investisseur national. La protection des investissements étrangers fait une distinction statutaire entre les différentes formes d'investissement qui ne sont pas traités de la même façon selon leur importance et impact.

2) La distinction entre les différentes formes d'investissement

a- L'exclusion des investissements de portefeuille

178. Dans la doctrine internationaliste et la pratique des investissements par ces acteurs - banquier, financiers et industriels privés et secteurs publics de pays développés- : on distingue entre les investissements qui créent de l'activité productive qui sont durables (comme les Investissements étrangers directs IDE) et ayant un effet d'entraînement souvent, que les investissements de portefeuille. Ces derniers désignent des mouvements temporaires de capitaux sans effet notoire sur le développement de l'Etat d'accueil. Ils peuvent désigner aussi les prises de participations dans le capital de société et enfin les échanges d'actions et de titre dans les marchés internationaux de capitaux. Ici les mouvements de capitaux n'ont pas un caractère durable et ne constituent pas d'autres apports comme les droits, intérêts et le transfert de technologie.

179. Pour des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest, ces genres d'investissement n'ont pas d'impact et d'effet⁵⁰⁶ bref, ils sont pratiquement inexistants. Ils sont l'apanage des pays avancés de l'OCDE. Selon le professeur J-Pierre Laviec : « *il paraît difficile de considérer que toute créance monétaire représente, en elle-même, un investissement. Le caractère d'investissement d'emprunts obligataires ou de contrats de prêts de prêt, dont l'échéance dépasse généralement une année, est unanimement reconnu ; ils entrent dans la catégorie des « investissements de portefeuille »*⁵⁰⁷ etc.

180. Ces investissements de portefeuille n'entrent pas dans la catégorie des apports en capitaux prévus et protégés comme tels par les *codes des investissements*. Toutefois, même si c'est consacré textuellement par les législations internes de ces pays, il n'en est pas de même de la jurisprudence arbitrale qui dans certains cas, peut admettre la détention d'obligations souveraines ou de titre financiers comme de l'investissement en bonne et due forme et par

l'entreprise. Le développement de l'entrepreneuriat doit donc être le fruit d'une révolution culturelle et d'une stratégie d'appui à l'entreprise et à l'investissement. » Voir Elliott A. Siti « *investir en Afrique pour gagner L'entreprise africaine et la mondialisation* », Ed. Harmattan, Paris, 2004 p.73.

⁵⁰⁶ L'investissement de portefeuille suppose une infrastructure financière solide-marché de capitaux avec une offre financière dense et variée et l'existence de structures fortes notamment sur le bancaire et des assurances. Ce genre d'investissements ne concerne que des actifs financiers, prise de participation dans le capital d'une entreprise (10%) et l'échange d'action. Raison pour laquelle, ils se différencient des IDE qui sont des apports en capital ou en nature, ayant une durabilité, créant un certain risque pour l'investisseur et surtout d'après la jurisprudence arbitrale du CIRDI « *Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc, aff. N°ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001* » peut avoir une « *contribution au développement économique de l'Etat d'accueil* »

⁵⁰⁷ Voir J-P- Laviec *Protection et promotion des investissements* op cit. p. 24

conséquent à protéger⁵⁰⁸ Ça n'entre pas dans le cadre juridique et institutionnel relatif aux investissements privés nationaux et étrangers. Le Code de la Guinée spécifie les investissements qu'à travers ceux qui ont un apport certain et durable pour le développement et surtout qui créent un effet d'entraînement. Cet instrument désigne dans son article 1^{er} c) : « *l'apport des capitaux étrangers ainsi que la mobilisation de l'épargne nationale ; d) la transformation et la valorisation des matières premières locales en priorité e) l'investissement dans les industries exportatrices et dans les secteurs économiques valorisant les ressources naturelles et produits locaux, à fort potentiel de main d'œuvre ;* »⁵⁰⁹. Les pays d'Afrique de l'ouest ne possèdent pas les capacités nécessaires (infrastructures financières, acteurs, structures et marchés dédiés) pour ce genre d'investissement géré par des organismes particuliers, ainsi décrit : « *L'investissement a justifié la création d'un fonds communs (de placement et de créances). Ces fonds « vendent » leurs parts de fonds, émission de valeurs mobilières dont la contrepartie monétaire sera investie en titres(en principe en actions et obligations). Tout particulier peut ainsi investir, grâce à chacune de ces parts, dans une universalité de portefeuille (au sens d'ensemble de titres diversifiés). C'est la même logique que les SICAV. Le particulier investit dans des parts de fonds commun et ledit fonds investit dans des titres. Boursiers ou pas, ces titres signifient investissement* »⁵¹⁰. Dans sa Loi sur les investissements étrangers, le Niger(faisant une différence entre différentes formes d'investissement protégés ou non) dispose que le terme investissement au sens économique désigne : « *Investissement de capitaux provenant de l'étranger : les apports en capitaux, biens ou prestations provenant de l'étranger et donnant droit à des titres sociaux dans toute entreprise établie au Niger à condition que lesdits apports ne soient pas des placements en portefeuille. Les réinvestissements de bénéfices de l'entreprise qui auraient pu être*

⁵⁰⁸ Dans l'affaire CIRDI, *Abaclat et autres c. République d'Argentine*, aff.n° ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 aout 2011 qui concernée la détention par des ressortissants italiens d'obligations souveraines émise par l'Argentine. Devant la grave crise économique et financière qu'elle a connue, ce pays se trouve dans l'impossibilité d'honorer ses engagements envers ses détenteurs de titres en suspendant le paiement. Dans cette affaire liée à la dette et la possession d'obligations, le tribunal arbitral accepte la recevabilité de la requête et considère les faits comme violant le T.B.I conclu entre l'Argentine et l'Italie. Fait rarissime puisque les affaires relatives à la dette souveraine et les titres d'obligations souveraines ont toujours été des compétences relevant du juge interne. Pour déterminer sa compétence et la recevabilité d'une telle affaire « *Le tribunal arbitral a opéré une distinction entre l'investissement en tant que contribution et la nécessité de protéger les droits et les valeurs découlant de cette contribution. Selon le tribunal arbitral, ces deux concepts de la notion d'investissement seraient appliqués de manière différente dans le traité bilatéral d'investissement et dans la Convention de Washington. Ces deux instruments seraient donc complémentaires* » Voir Aréou G. « *La notion d'investissement- évolutions récentes* » pp.7- 29 in Colloque sd A. De Nanteuil « *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la proceduralisation du droit international de l'investissement* », Paris, éd. A. Pedone 2015 p. 20 ; l'assimilation de la dette souveraine a de l'investissement est de plus en plus admise par le tribunal le CIRDI a aussi d'autres affaires de même nature que l'affaire Abaclat notamment : *Ambiente Ufficio S.p.a and other c. Argentine*, aff. n° ARB/08/9, décision sur la compétence et la recevabilité 08/02/ 2013

⁵⁰⁹ Voir République de Guinée article 1^{er} « *objet* » de la Loi L/2015/N°008 du 25 mai 2015 portant *Code des investissements*

⁵¹⁰ Voir Hervé Causse « *La notion d'investissement : en filigrane du droit financier* » pp.31-47 in « *Le concept d'investissement Regards croisés des droits interne, international et communautaire* »SD de Hervé Causse et Marcel Sinkondo éd. Bruylant S.A Bruxelles 2011 p.34

exportés »⁵¹¹ « La préoccupation pour l'Afrique de l'ouest en matière d'accueil et de protection des investissements étrangers portent sur les investissements durables.

b- La préférence pour les investissements durables

181. Au sens des codes, les investissements directs étrangers -à accueillir et à protéger, portent sur des investissements structurants, intersectoriels et qui ont un effet d'entraînement pour le reste de l'économie et l'attractivité du pays. Les dispositions relatives aux investissements des pays de la sous-région -comme celui du Burkina Faso- mentionnent à propos d'investissement productif : *« Est considéré au sens du présent Code comme investissement productif, tout investissement devant permettre l'exercice d'une activité : de production ; de conservation ; de transformation d'une matière première ou de produits semi-finis en produits finis en produits finis ; de prestations de services »*⁵¹². La durabilité de l'investissement, justifiant sa promotion, son traitement et sa protection, est énumérée par la Loi togolaise qui dispose que la Loi a pour objet : *« de promouvoir, faciliter et protéger l'investissement durable et responsable au Togo dans le but de : -favoriser la création d'emplois pérennes et qualifiés ;-favoriser la création d'activités à forte valeur ajoutée-encourager l'utilisation et la valorisation de ressources naturelles et des matières premières locales ; -développer l'économie de l'immatériel en encourageant le transfert de compétence et l'utilisation de nouvelles technologies ; - développer les exportations ; -encourager la décentralisation des activités économiques ; -promouvoir et conduire certains grands travaux... »*⁵¹³.

182. La durabilité des investissements étrangers signifie aussi obéissance et respect absolus aux normes environnementales et sociales qui prônent une élimination de la pauvreté si l'on suit la *Déclaration finale de Rio+ 20* de 2012 dans les termes suivants : *« Nous savons que la réalisation de l'objectif d'une économie verte dans le contexte du développement durable et de l'élimination de la pauvreté nous permettra de gérer plus durablement les ressources naturelles et, l'impact écologique étant moins nuisible, d'utiliser plus rationnellement les ressources et de réduire la production de déchets »*⁵¹⁴. Malgré l'adoption des réglementations libérales, les pays de la sous région ouest africains demeurent attachés à leur souveraineté qui

⁵¹¹ Voir article 2 de la Loi N°2014-09 portant Code des investissements du Niger qui dispose aussi à propos de la nature économique de l'investissement *« Investissement : capital employé par toute personne physique ou morale, pour l'acquisition de biens mobiliers, immobiliers, matériels et immatériels et pour assurer le financement des frais de premier établissement, ainsi que le besoin en fonds de roulement rendus nécessaires à l'occasion de la création d'entreprises nouvelles ou d'opérations de modernisation »*

⁵¹² Voir Article 2 de la Loi N°62-95 ADP du 14/12/1995 modifiée par la Loi N°007-2010/AN du 20 janvier 2010 portant Code des investissements du Burkina Faso. Cette disposition, similaire à tous les Codes d'investissements des pays d'Afrique de l'ouest, on la retrouve aussi dans le Code du Niger qui en dispose ainsi : *« Investissement productif : tout investissement permettant l'exercice d'une activité, qu'elle soit : - de production ; - de conservation ; - de transformation d'une première, d'une matière d'œuvre ou de produits semi-finis en produits finis ; de prestations de services. »*

⁵¹³ Voir Article 1^{er} de la Loi N°2012-001 portant Code des investissements de la République Togolaise

⁵¹⁴ Voir N-U Principe60. *Déclaration finale de Rio +20* de 2012 intitulée *« L'avenir pour tous »* in *« Relations internationales Grands textes politiques et juridiques »* SD de Louis le Hardy, Yves Lejeune 3^e édition Ed. Anthemis S.A 2017

consiste à autoriser ou non tout investisseur étranger voulant s'implanter sur le marché local. Les États gardent une prérogative administrative importante par le biais de la soumission de l'investisseur étranger au régime de la déclaration préalable.

3) Des Investissements soumis au régime de la déclaration préalable

183. Dans le domaine particulier qu'est le droit international économique, le principe de l'interdépendance domine les rapports entre les acteurs. Les États conservent toujours leurs souverainetés. Cette dernière consiste à admettre ou non un investisseur étranger où lui octroyer des avantages en près ou post investissement. La volonté de contrôle, de déclaration et la nécessité du respect des procédures en matière de protection sont inscrites dans les textes pertinents. Par le *régime de déclaration*, le Code des investissements de la Côte d'Ivoire dispose ainsi : « *Les projets d'investissement font l'objet d'une déclaration déposée auprès de l'Organisme national chargé de la promotion des investissements, qui est tenu de délivrer une attestation de dépôt dans les deux jours qui suivent la réception de la déclaration. L'Organisme national chargé de la promotion des investissements tient à la disposition des investisseurs des formulaires adaptés aux différents types d'investissement prévus par le présent Code* ⁵¹⁵ ».

184. Cette volonté d'autorisation administrative de l'entrée des investissements et de leur traitement s'applique à plusieurs secteurs d'activités. Ces dernières sont soumises aussi au *régime de déclaration*. Il s'agit d'une longue série d'activités énumérées dans l'article 33, à savoir les domaines suivants : « *agriculture et agro industries, foresterie, élevage, pêche et pisciculture y compris les activités de stockage et de conservation ; - industries extractives ; - Production, transport et distribution d'énergie ; - Production d'énergie ; - Industries manufacturières et industries métallurgiques ; - industries culturelles ; - Santé ; - Tourisme ; - Services de soutien à l'industrie : - Nouvelles Technologies ; - Travaux Publics ; - Textiles ; - Industries de bois ; - Montage et assemblage ; - Transport ; - Sécurité et protection de l'environnement ; - Éducation et encadrement de l'enfance ; - Artisanat ; - Habitat et aménagements fonciers ; - Bâtiment à usage industriel ; - Autres secteurs définis par décret, à l'exception des bâtiments à usage non industriel, du commerce et des services bancaires et financiers...* ⁵¹⁶ ».

185. Le régime de déclaration étant une condition sine qua non pour qu'un investissement international puisse jouir de tous les avantages prévus par les instruments juridiques nationaux de protection, il s'applique ainsi à toute forme d'investissement entrant sur le territoire national que ce soit l'implantation d'une entreprise étrangère, ou l'extension d'un investissement pour un certain montant. Ce dernier est ainsi visé dans la loi togolaise précitée le : « *régime de déclaration s'applique à tout projet d'investissement dans une entreprise*

⁵¹⁵ Voir article 29 de l'Ordonnance N°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements de la Côte d'Ivoire

⁵¹⁶ Voir art. 32 de l'Ordonnance N°2012-001 portant *Code des investissements* de la Côte d'Ivoire qui ajoute : « *Les investissements éligibles dans les secteurs d'activités visés ci-dessus, sont précisés par décret* ». Précité

nouvelle ou d'extension d'une entreprise existante dont le montant est supérieur à cinquante millions de francs CFA et inférieur ou égal à 600 millions de francs(600.000.000) de francs CFA »⁵¹⁷.

186. Dans certains pays, ce régime n'a pas un caractère contraignant, ni une stratégie pour repousser ou simplement décourager les investissements étrangers, mais une simple formalité administrative en vue d'informer les autorités des modalités et de la forme des investissements en échange de l'octroi d'avantages pour ses activités. La Loi portant Code des investissements du Togo, dans son article 17, le résume en ces termes : *« Le régime de déclaration d'investissement permet à tout investisseur, de bénéficier des avantages du régime déclaratif décrit par le présent Code sur la base d'une simple déclaration de l'investisseur auprès de l'Agence. La déclaration à l'Agence contient l'ensemble des éléments d'information relatifs au programme d'investissement et les réponses au questionnaire dont le contenu est établi par l'Agence⁵¹⁸ ».*

187. Cet aspect simplement procédural et à titre informatif (au plan fiscal et réglementaire) est souligné par Arnaud de Nanteuil qui, note que : *« L'objectif d'une telle réglementation, en règle générale, n'est pas de décourager l'investissement, bien au contraire, puisqu'il s'agit à proprement parler d'une formalité. Sa finalité est simplement d'indiquer aux autorités l'existence d'une nouvelle activité économique, essentiellement à des fins fiscales-il est normal qu'une activité économique développée sur le territoire d'un État soit taxée par les autorités de cet Etat-mais aussi à des fins de réglementation si nécessaire, notamment si l'activité en question intervient dans un secteur particulièrement sensible, par exemple du point de vue environnemental »⁵¹⁹.* L'investissement étranger, au-delà des questions procédurales au plan juridique et administratif, poursuit une finalité développementaliste très marquée dans les textes pertinents.

⁵¹⁷ Voir Article 16 de la Loi N°2012-001 portant Code des investissements de la République du Togo. Il dispose dans un second alinéa que : *« Les éléments à prendre en compte pour le calcul de ce seuil d'investissement ne comprennent que les frais de premier établissement, le cout des bâtiments et de génie civile, des équipements nouveaux et des immobilisations incorporelles »*

⁵¹⁸ Voir Article 17 de la Loi N°2012-001 portant Code des investissements de la République togolaise. Cet article dispose que le contenu de questionnaire concernant la déclaration d'investissement comprennent : «

- a. L'identification de l'investisseur ou de l'entreprise existante ;
- b. La nature et la localisation des activités envisagées ;
- c. Le montant de l'investissement envisagé ;
- d. Un plan d'affaires assurant la viabilité technique, commerciale financière et la rentabilité de l'entreprise proposée ;
- e. Le mode de financement
- f. La date de début des opérations ;
- g. Le nombre prévu d'employés et les catégories d'emplois à créer ;
- h. La nature et le type d'assistance et de facilitation que l'investisseur souhaite obtenir auprès de l'Agence, dont, entre autres : l'accès au terrain industriels et agricoles, les infrastructures publiques, les permis de travail, les visas, et toutes autres assistantes envisageables ;
- i. Le mode de règlement des différends souhaité ;
- j. Un plan de protection et de sauvegarde de l'environnement si nécessaire. »

⁵¹⁹ Voir De Nanteuil (A.) « Droit international de l'investissement », Ed. Pedone, Paris 2014 pp.58-59

B : Les objectifs de préoccupation développementaliste affirmés par ces instruments de protection.

188. Cette préoccupation de la contribution de l'investissement international au développement est inscrite dans les textes des pays d'Afrique de l'ouest. Elle se traduit par l'identité de vue de la pratique en matière d'accueil et de promotion des investissements (1), la nécessaire recherche du modèle de partenariat dénommé joint-ventures (2), enfin, la réaffirmation du transfert de technologie (3).

1) L'identité de vue en matière de promotion des investissements

189. Dans le contexte économique actuel, il y a une concurrence⁵²⁰ farouche entre les États pour accueillir les investissements étrangers. Les pays d'Afrique de l'ouest, à l'instar de beaucoup de pays en développement, ont mis en place des textes attractifs⁵²¹. A travers les codes d'investissement, ces derniers ont apporté pas mal d'innovations en matière de sécurité juridique et de promotion de l'investissement. Ces instruments ont un champ d'application qui englobe pratiquement tous les secteurs économiques à l'exception des ressources extractives (qui font l'objet de réglementation spécifique). Ils prévoient des « garanties » et « régimes de privilèges » très avantageux pour les investisseurs étrangers, un « régime d'agrément »

⁵²⁰ Néji Baccouche résume bien cette situation de concurrence particulièrement avantageuse pour les investisseurs en soulignant : « *Les États en développement, souvent en manque de capitaux, mettent à profit l'incitation fiscale pour attirer les investisseurs étrangers, souvent moyennant un cadre juridique conventionnel taillé sur mesure pour chaque investisseur pour sécuriser ce dernier contre les retournements de situations et pour le soustraire à la juridiction du pays et sa loi fiscale. Pourtant, cette dernière est, dans de nombreux cas, particulièrement généreuse en matière d'octroi d'avantages fiscaux au profit des investisseurs étrangers.* », Voir « Incitations aux investissements et concurrence entre États », In *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre* Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006 SD de Horchani(F.) Paris, Ed. Pedone 2006, p. 64. L'OCDE interprète doublement cette concurrence des États en vue d'accueillir les IDE. Pour cette Organisation Intergouvernementale : il y a l'hypothèse du « jeu à somme positive » qui « *montre que la concurrence que se livrent gouvernements pour attirer les IDE procure des avantages nets aux investisseurs comme aux pays d'accueil.* ». Alors que l'hypothèse du « jeu à somme négative » ne favorise pas certains pays très dépourvus de certains atouts de séduction (taille du marché, infrastructures de qualité, main d'œuvre qualifié, abondance de matières premières et pouvoir d'achat élevé). L'investisseur fait souvent une analyse détaillée de ces aspects avant de s'implanter dans un pays. Pour L'OCDE « *Le raisonnement du jeu à somme négative s'appuie sur l'observation, elle aussi largement confirmée par les dirigeants d'entreprises, que, si les investisseurs attachent dans la grande majorité des cas plus importance aux fondamentaux qu'aux incitations lorsqu'ils choisissent le site d'un grand projet d'investissement à long terme, ils tendent aussi, dans la pratique, à établir une liste restreinte des sites qu'ils jugent acceptables au regard des critères qu'ils considèrent comme les plus importants. Et comme ces sites sont généralement situés dans des territoires qui relèvent d'administrations différentes (infranationales ou nationales), il est de pratique courante que les investisseurs négocient avec les administrations candidates les conditions qui leur seront proposées. Ils peuvent le faire ouvertement pour stimuler la concurrence entre les administrations candidates, ou alors demander quelle est « leur meilleur offre » avant d'arrêter définitivement le choix du site.* », Voir OCDE Oman (C.) Etude du Centre de développement *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers. Une étude de la concurrence entre gouvernements*, OCDE 2000. pp.17-19

facilitateur et un « système de règlement des différends » (conciliation et arbitrage) favorable aux investisseurs étrangers. »⁵²²

190. En la matière, la préoccupation juridique des pays de la sous-région est la promotion des investissements afin d'accélérer la mise en valeur et la transformation des immenses ressources locales. Cette idée de promotion par la voie juridique est traduite par exemple dans l'article 6 du Code des investissements de la Côte d'Ivoire qui prône un traitement égalitaire en affirmant : « *Sans préjudice de la politique nationale de promotion de l'entrepreneuriat national, les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère reçoivent un traitement identique à celui accordé aux personnes physiques ou morales de nationalité ivoirienne. L'application du principe d'égalité de traitement se fait dans le respect des dispositions des Traités et Accords conclus par la République de Côte d'Ivoire.* »⁵²³ Autrement, la promotion des investissements étrangers fait partie intégrante des stratégies de développement. C'est ce qui pousse, les autorités de ces pays à faire d'immenses efforts pour changer leur image envers la communauté internationale des investisseurs. En effet, cet aspect relatif à l'image est très important dans les politiques et textes liés à la promotion.

191. Parce que l'Afrique de l'ouest a toujours été victime d'une image⁵²⁴ repoussoir comme terrain d'accueil paisible des investissements et des investisseurs étrangers. La promotion des investissements et leur protection montrent une similitude des pratiques concernant la recherche⁵²⁵ et le traitement octroyé aux investisseurs et investissements étrangers⁵²⁶. La similitude dans la recherche d'investisseurs se traduit par, des forums d'affaires, des voyages réguliers dans les pays pourvoyeurs d'IDE afin d'informer et de montrer au monde des affaires de ces pays les potentialités économiques, les opportunités d'investissements, l'attractivité de l'environnement juridique et fiscal. Il y a aussi les facilités procédurales pour monter une société en temps record par le biais du Guichet unique -en vue d'éviter les affres de la bureaucratie-.

192. De même, la similitude du traitement se constate dans les Codes d'investissement à travers le principe de Garantie. Ce dernier est libellé par plusieurs concepts tels que «

⁵²² Voir la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger

⁵²³ Voir Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire

⁵²⁴ Souligné par Elliot A. Sitti qui souligne : « *La restauration de l'image de l'Afrique est un impératif catégorique ! C'est l'image existentielle d'un continent plus attrayant et plus attractif de l'investissement* » voir Elliott A. Sitti « *Investir en Afrique pour gagner L'entreprise africaine et la mondialisation* » Ed. L'harmattan, Paris, 2012 p.34

⁵¹⁷ La recherche d'IDE de la part des pays d'Afrique de l'Ouest- des pays essentiellement importateurs de capitaux- se traduit par une concurrence farouche. Voir les l'étude de l'OCDE, Oman (Ch.) « *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers. Une étude de la Concurrence entre Gouvernements* », OCDE, 2000, p.19. ; voir aussi Baccouche (N.) « *Incitations aux investissements et concurrence entre États* », pp. 61-71 in « *Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre* », Sd de Horchani (F.), Paris, éd. A. Pedone 2006 p.67

⁵²⁶ Voir Leben (Ch.) « *L'évolution du droit international des investissements* » pp. 7-32 in SFDI Journée d'études « *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?* », Paris éd. A. Pedone, 1999, p.13 ; Le traitement privilégié des investisseurs étrangers se traduit surtout par la facilité des « *incitations et l'octroi des régimes fiscaux stabilisés* » Voir Ganem Henri (P.), « *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux Grands projets Mines/Energie/Metallurgie/infrastructures* », Bruxelles, éd. Bruylant, 1998 Pp.247-249

Garantie à l'entreprise la liberté de transférer les revenus », « Garantie la liberté de transférer tout ou partie de sa rémunération », « L'Etat garantit à l'entreprise la liberté d'accès aux matières premières ». « *Tout investisseur peut, sous réserve de respect des lois et règlements en vigueur, acquérir tous les droits de toute nature en matière de propriété, de concession, d'autorisation administrative et de participation aux marchés publics* ».⁵²⁷ La similitude des politiques et stratégies de promotion sectorielle à l'étranger pour accueillir les investissements internationaux se justifient par le statut de ces pays relatif aux critères du développement⁵²⁸. En effet, manquant de capitaux, de savoirs faire et de technologie, ces pays (essentiellement importateurs de capitaux) se tournent vers les anciens centres émetteurs d'IDE (Europe et Amérique du Nord) et de plus en plus vers le nouveau centre que constitue les grands pays d'Asie⁵²⁹. Et cette stratégie se traduit par des rencontres régulières, des visites d'hommes d'affaires et des prospecteurs d'investissement de part et d'autres⁵³⁰. C'est la raison pour laquelle, la promotion des IDE est devenue un concept magique et les pays d'Afrique de l'ouest en ont fait le moteur de leur volonté d'accueillir et de protéger les investissements étrangers.

193. L'objectif de « vendre » le pays à travers la promotion doit se faire à travers des réformes profondes sur le plan juridique. La réforme de l'environnement juridique des investissements étrangers a fait l'objet de plusieurs études. Parmi celles-ci, il y a celle de Louis T Wells, Jr. Cet auteur décrit cette situation dans les pays en développement : « *les exemples sont en effet de plus en plus nombreux qui tendent à montrer qu'un effort bien conçu de promotion des investissements visant à « vendre » un pays à des investisseurs potentiels peut être efficace, et même souvent indispensable, pour que l'on constate une réelle progression de l'investissement étranger* »⁵³¹. Il nuance en montrant que cela dépend de la volonté des autorités du ou des pays, en soulignant : qu' « *Il est en revanche assez évident qu'un programme de promotion ne peut être couronné de succès si les politiques mises en œuvre par les pouvoirs publics locaux ne sont pas favorables à l'investissement* ». La promotion n'est qu'un aspect parmi tant d'autres des pratiques et stratégies mises en place sur le plan de la protection. Il y'a un nouveau enjeu dans la protection des IDE dans les pays

⁵²⁷ Art11 Voir la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements (art.6 à 11)

⁵²⁸ La plupart ont le statut de PED ou PMA et exceptionnellement Pays à revenu intermédiaire (Cote d'Ivoire, Ghana et Nigéria). Ces pays sont tous importateurs de capitaux, Voir « *Perspectives économiques en Afrique en 2017* » *Entrepreneuriat et industrialisation* Rapport annuel BAD, OCDE ET PNUD, 2017 344 p. p. 157

⁵²⁹ Voir François Nicolas « Chine et investissements internationaux : vers une normalisation » pp.411-434 in « *L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales et normes internationales* » SD de Mathieu Arès et Eric Boulanger Ed. Bruylant Bruxelles, 2012

⁵³⁰ L'Afrique particulièrement, dans sa partie ouest, fait l'objet d'une véritable convoitise et de pas mal d'investissements pour la richesse de son sous-sol et le potentiel de développement de son marché à moyen et long terme. Elle se matérialise par des rencontres au niveau national-les conseils présidentiels d'investissement CPI dans les pays d'Afrique de l'ouest notamment le Sénégal). Au niveau international, il y a les « sommets annuels » de l'Afrique avec de grands pays (Sommet Chine-Afrique, Inde-Afrique, Union-Européenne-Afrique Afrique-Etats-Unis ; Afrique-France etc. où ces pays- anciens ou nouveaux partenaires- s'engagent à investir de fortes sommes d'argent ex : la Chine s'est engagée à investir lors du sommet Chine-Afrique de Johannesburg du 3 au 5 décembre 2015(Afrique du Sud) à investir- à travers un Plan d'action 2015-2018- 60 milliards de dollars

⁵³¹ Voir Louis T. Wells, Jr. « *La promotion de l'investissement étranger dans les pays d'accueil : ce qu'il faut faire et ne pas faire* », pp.51-62 in OCDE « *Promouvoir l'investissement direct étranger dans les pays en développement* », OCDE 1993, p.51

d'Afrique de l'ouest, qu'est la nécessité des Co-entreprises (Joint-ventures) entre un investisseur et un partenaire local.

2) La recherche du modèle de partenariat égalitaire : les joint-ventures ?

a- Un modèle d'investissement historiquement marginalisé en Afrique de l'ouest

194. L'implantation d'une entreprise dans un pays peut se faire juridiquement de différentes manières⁵³². Dans beaucoup de pays en développement, le cadre juridique relatif aux investissements étrangers prévoit l'association la coentreprise avec une/un partenaire local ainsi de la Chine à la fin de la décennie 70⁵³³. En effet, la constitution de joint-venture devient la condition sine qua non pour s'implanter dans un pays en développement. C'est ce qui a fait le succès économique de certains pays asiatiques tel que la Chine⁵³⁴. Les pays d'Afrique de l'ouest ont longtemps choisi d'adopter des réglementations souples en matière d'accueil, de traitement et de protection des investissements étrangers. En effet, dans leurs volontés d'accorder beaucoup de facilités et d'avantages aux investisseurs étrangers, ces derniers ont dans leurs législations relatives aux investissements étrangers- laissés aux entreprises étrangères le soin d'adopter le modèle juridique qui convient pour leurs activités, y compris en détenant 100% du capital de la société ou filiale nouvellement créées.

195. Le code des investissements de la Guinée témoigne de cette « unipolarité d'intérêt » en faveur de l'investisseur étranger. Cet instrument dispose : « *Sous réserve des dispositions de l'Article 6 ci-dessus, les investisseurs privés étrangers peuvent librement détenir jusqu'à 100% des parts sociales ou actions de l'entreprise qu'ils envisagent de créer en Guinée* »⁵³⁵. La marginalisation de ce modèle d'affaires en matière d'investissement étrangers

⁵³² Création d'une filiale locale (dans le pays d'accueil de l'investissement) dont le capital est détenu à 100% par la société mère, création d'une société dont le capital est partagé (répartition majoritaire/ minoritaire du capital entre intérêts étrangers et locaux) et création d'un modèle de société sous forme de Joint Venture égalitaire (entre capitaux étrangers et capitaux locaux). L'investissement étranger peut faire l'objet de marché public à exécuter à la suite d'un appel d'offre public qu'une entreprise étrangère a remporté. Voir plus en détail Louis T. Wells, Jr ibid p.51

⁵³³ La loi sur les *Joint-Ventures* en Chine adoptée lors de la seconde session du 5^e Congrès national chinois du 1^{er} juillet 1979 dispose dans son article 2 : « *The Chinese government protects, in accordance with the law, the investment of foreign partner in a joint venture, the profits due them and their other lawful rights and interest in a joint venture, pursuant to the agreement, contract and articles of association approved by the Chinese government. All the activities of a joint venture shall comply with the stipulations of the laws and the legal regulations of the People's Republic of China. The state shall not nationalize or take over joint venture; under special circumstances and according to legal procedures with due compensation* » cite Valerie Pironon dans Les « *joint ventures Contribution à une étude juridique d'un instrument de coopération international* », Ed. Dalloz 2004 p.682

⁵³⁴ Voir Nicolas (F.) « Chine et investissements internationaux : vers une normalisation » pp.411-434 in « *L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* » SD de Arès(M.) et Boulanger (E.) Bruxelles, Ed. Bruylant, 2012 ; OCDE, China- Encouraging Responsible Business Conduct, OECD Investment Policy Reviews, OECD, Paris, 2008

⁵³⁵ Voir République de Guinée Assemblée Nationale article 8 de la *Loi L/2015/N° 008/AN* portant *code des investissements de la République de Guinée*. Toutefois, l'article 6 « secteurs d'activités réservés » de la même loi et apporte une nuance (interdiction des détentions de capital de plus de 40%. IL dispose : « *Les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère ne peuvent détenir, directement ou à travers des sociétés de droit guinéen, plus de 40% des titres sociaux d'entreprises engagées en Guinée dans les activités suivantes : -la publication de quotidien ou périodiques d'information générale ou politique* »

dans les pays d'Afrique de l'ouest a conduit à un déséquilibre manifeste et continue. La conséquence est le déséquilibre manifeste entre les intérêts de l'Etat et des communautés locales, faiblement défendus, et ceux des investisseurs-dont les faveurs et avantages ont toujours promus par les instruments juridiques nationaux relatifs aux investissements étrangers.

196. Cette forme d'investissement est une association gagnant-gagnant pour un partenariat profitable dans un milieu ouest africain complètement différent concernant le risque perçu, les potentialités du marché domestique et le niveau de développement. Dans son ouvrage consacré exclusivement à la question Valérie Pironon note à ce propos : « *Dans chacune de ces étapes, des accords dits de joint-ventures ont joué un rôle important. Les « joint-ventures » ont d'abord permis à des entreprises de s'associer dans des « voyages » risqués pour accéder à des matières premières ou offrir leurs produits sur des marchés étrangers. Les « coentreprises » ont ensuite favorisé les investissements dans les pays du « sud » et de « l'est » en échange de savoirs scientifique et technique. Enfin, les « alliances stratégiques » sont aujourd'hui à l'origine de réseaux de partenariats intergroupes* »⁵³⁶.

197. Le modèle d'investissement dynamique par joint-venture n'est pas une préoccupation des cadres législatifs et réglementaires des États pour un certain type de raisons. En effet, il y a toujours eu un déséquilibre manifeste des intérêts : entre les investisseurs-surprotection notamment les avantages octroyés- et les États d'accueils- intérêts faiblement promus-. Le déséquilibre a traditionnellement promu juridiquement certains types d'investissement : les investissements extractifs dont les clauses juridiques relatives au -transfert de technologie à l'implication des entreprises locales, fiscalité, aux normes environnementales et au règlement des différends- sont plus ou moins léonines ou carrément favorables aux investisseurs internationaux. Toutefois, ce modèle d'investissement par joint-venture tant chanté et promu dans les pays en développement en particulier (pour un partenariat plus équitable et profitable à tous les acteurs) n'en présente pas moins de difficultés liées à sa complexité et son montage juridique.

b- Les difficultés liées à la mise en œuvre pratique de joint venture: la complexité contractuelle

198. En matière d'investissement international-protection contre les risques et traitement-le choix du modèle d'implantation conditionne le succès de l'entreprise. Le modèle de joint-venture ne pouvait pas et ne peut être mise en œuvre actuellement dans les pays d'Afrique de l'ouest. Il y a deux arguments qui s'y opposent : les arguments juridiques et les arguments extra-juridiques. Parmi les arguments juridiques, il y a la délimitation sectorielle pour savoir s'il faut (la généraliser ou la réserver à quelques secteurs particuliers). Il y a aussi le caractère égalitaire ou inégalitaire du pourcentage de participation, - le droit qui lui est applicable et il y a enfin la faible capacité des administrations publiques en matière d'exécution des lois et de suivi concernant de tels montages de cadre d'investissements. Ce modèle d'investissement

- la diffusion de programmes télévisés ou radiophoniques. La direction effective des entreprises visées à l'alinéa précédent est assurée par des personnes physiques de nationalité guinéenne résidant en Guinée »

⁵³⁶Voir Pironon (Va). « *Les joint-ventures contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale* », Paris éd. Dalloz, 2004, p. 5

exige une pluri contrats. En effet, le contrat principal en amont (entre partenaires d'affaires l'Etat d'accueil ou le privé national et le/les partenaire(s) extérieur(s)) est accompagné de plusieurs contrats en aval pour le démarrage de l'investissement prévu. Une étude résume bien le caractère « *complexe de contrats interdépendants* ». Elle souligne que: « *l'opération de joint-venture est une opération économique globale qui prend sa source dans un ensemble contractuel composé d'un contrat cadre et d'un nombre important de contrats d'application* »⁵³⁷ Elle souligne aussi et assimile la pratique des joint-venture au contrat complexe qu'elle définit comme « *un contrat unitaire qui résulte de la combinaison de plusieurs contrats spéciaux, et dont le régime n'est emprunté aux règles régissant les contrats qui le composent que dans la mesure où elles sont compatibles avec son essence* »⁵³⁸. 189.

199. Il y a également des arguments extra juridiques qui ont découragé la nécessité de la mise en œuvre d'une telle pratique d'accueil des investissements internationaux en Afrique de l'ouest. Ces derniers étaient dépourvus d'infrastructures et de savoirs faire économiques, financiers. En effet, historiquement, c'est la puissance publique qui a pris en charge les questions de développement de l'indépendance jusqu'à nos jours. Dans leur politique de partenariat avec les firmes transnationales, les pays d'Afrique de l'ouest n'ont jamais (ou timidement) exigé comme conditionnalités à l'octroi d'un marché de travaux, d'extraction ou d'un investissement international quelconque- la faisabilité sous format de joint-venture. Ces difficultés s'expliquent, entre autres, par la faiblesse voire l'absence historique d'un secteur privé local fort et organisé. Le secteur privé local qui existe actuellement est dans la plupart des pays dans un état embryonnaire.

200. Autrement dit, en Afrique de l'ouest, l'incapacité à nouer des *coentreprises* pour accompagner (de façon plus dynamique et profitable) l'attractivité du cadre juridique et institutionnel de la protection de l'investissement direct étranger a été préjudiciable aux secteurs privés locaux. En outre, il y a un concours de facteurs complexes qui ne plaident pas pour la mise en place d'une telle pratique en matière d'investissement. Il s'agit de la difficulté pratique et opérationnelle liée à la bureaucratie étouffante, la mauvaise exécution des lois et réglementations et les compétences lacunaires des administrations publiques des pays de la sous-région ouest africaine. En définitive, les « impréparations à différentes échelles » des États de cette sous-région(faibles capacités des administrations, secteurs privés non associés aux politiques de développement et des cadres juridiques non adaptés) n'ont pas permis de faire des joint-ventures une modalité d'entrée en matière de pratique des investissements étrangers en Afrique de l'ouest. Dans l'environnement juridique et institutionnel actuel, il est d'une nécessité absolue d'inscrire les joint-ventures comme modalités d'entrée des investissements internationaux.

c- La nécessité d'en faire une modalité d'entrée des investissements protégés

⁵³⁷ Voir Pironon (Va.) Les joint-ventures p. 161 précité p. 13

⁵³⁸ Ibid p.161

201. En matière d'investissement étranger et-pour des raisons promotionnelles et d'attractivité aussi- les États d'Afrique de l'ouest ont tout essayé sauf une modalité de joint venture qui a fait pourtant la preuve de son efficacité ailleurs⁵³⁹. Pour que la protection de l'investissement puisse être une solution réellement gagnant- gagnant, il faut que la pratique des affaires ne soit pas unilatérale. C'est-à-dire il ne faut pas réserver à un investisseur étranger l'exclusivité sectorielle, le monopole d'activités stratégiques en l'absence d'un partenaire local. Cela aura comme conséquence que celui-ci se sent tout puissant et que le pays d'accueil n'y gagne que peu de choses en termes d'avantages fiscaux et économiques. Cette modalité de « *J-V* » nécessite une institutionnalisation c'est-à-dire la consacré expressément et prévoir des structures désignées pour s'en occuper⁵⁴⁰.

202. Les pays d'Afrique de l'ouest gagneraient beaucoup en empruntant ce chemin. Il consiste à adopter d'instruments juridiquement hautement protecteurs avec une signification réelle : venir faire des affaires dans un environnement transparent mais égalitaire « bi-protecteur » et non venir faire des affaires dans un environnement juridique « uni ou mono protecteur »⁵⁴¹. Ces pays, du fait des fortes convoitises économiques dont ils font l'objet, doivent conditionner l'implantation des investissements étrangers dans certains secteurs hautement stratégiques à la nécessité de pratiquer les joint-ventures. Autrement dit, les facilités et avantages de diverses natures exigent que l'investisseur étranger se soumette à une coentreprise égalitaire ou inégalitaire⁵⁴². Ceci nécessite un toilettage ou une modification textuelle ou des lois spéciales générales ou sectorielles pour l'institutionnalisation de la technique des co-entreprises pour une dynamique réellement Win-Win⁵⁴³. Une nouvelle méthode de transfert de technologie- adaptée au retard technologique-doit être le cœur voire

⁵³⁹ Notamment en Asie (Japon, Corée puis la Chine... avec la pratique et l'expérimentation des *Zones économiques spéciales ZES* dans le cadre de la politique de la « *Réforme et l'ouverture* ») Voir (E.) Boulanger « Le Japon et les investissements étrangers : libre-échange, libéralisation et ouverture politique », pp.379-408 in « *L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* » SD de Arès(M.) et Boulanger (E.), Bruxelles, Ed. Bruylant, 2012 p. 386

⁵⁴⁰ A moyen et long terme, le cadre juridique relatif investissements étrangers généraux et sectoriels au niveau national :(*Codes des investissements* », « *Codes miniers* » et « *Codes pétroliers* » et au niveau Communautaire (*Droit originaire et droits dérivés : Règlements, Directives et Décisions* concernant les investissements doivent l'exiger comme un objectif à réaliser pour un renouveau de la protection juridique de l'investissement étranger

⁵⁴¹ Même si les textes dans les pays d'Afrique de l'ouest- à l'instar de la Côte d'Ivoire- prônent toujours « *l'égalité de traitement* » Voir, l'article 6, de l'Ordonnance N°2012-487 du 07 juin 2012 portant *Code des investissements* en Côte d'Ivoire

⁵⁴² Les États ouest africains peuvent adopter cette démarche : c'est-à-dire l'accès aux ressources en échange d'avantages fiscaux et surtout l'implication de partenaires locaux (la constitution de la société et la répartition des parts) et l'effet d'entraînement réel pour le reste de l'économie locale.

⁵⁴³ Ce qui n'est toujours pas le cas. La protection des investissements prône l'égalité de traitement explicitement. Dans un contexte où l'investisseur peut détenir jusqu'à 100% des parts sociales ou actions de la société créées. Ce qui suppose une « inégalité de traitement » au profit de l'investisseur étranger et au détriment des investisseurs de nationalité locale. L'exemple édifiant est donné par le Code des investissements du Mali. Où la Loi n° 2012 -016 / Du 27 février 2012, portant Code des investissements du mali, dispose dans son article 6 « *égalité de traitement* » que « *Les personnes physiques ou morales visées à l'article 4 du présent Code, reçoivent, dans les mêmes conditions d'éligibilité, le même traitement. Les investisseurs étrangers reçoivent le même traitement que celui des investisseurs de nationalité malienne sous réserve des dispositions contraires aux lois ou aux traités et accords conclus par la République du Mali avec les États dont ils sont ressortissants. Ils peuvent librement détenir jusqu'à 100% des parts sociales ou actions de la société qu'ils envisagent de créer sous réserve des dispositions applicables aux secteurs d'activités qui font l'objet d'une réglementation spécifique.* »

une conditionnalité pour pénétrer les marchés des pays d'Afrique de l'ouest en matière d'investissements internationaux.

203. Outre la nécessité soulignée d'un « *duo local et compagnie étrangère en investissement* », il faut voir les choses en profondeur -sur l'aspect institutionnel et l'opérationnalité- pour une effectivité réelle de l'absorption scientifique et technique externe. Pour cela, les pays d'Afrique de l'ouest, pris individuellement sont faibles au plan technologique- gagneraient à mettre sur pied des structures sectorielles technologiques régionales où des pôles régionaux de recherche scientifique et technique avec un personnel qualifié et des objectifs clairs en termes de partenariat avec des structures de la sorte qui existent dans les pays exportateurs de capitaux et de la technologie. Cette solution gagnant-gagnant doit être désormais le cœur du partenariat juridique entre les États de la sous-région et les firmes transnationales et investisseurs des pays traditionnellement développés , mais aussi avec ceux qui viennent d'intégrer le club des pays à forte capacité scientifique et technique(certains grands pays du Sud). Le transfert de technologie, aussi ancien soit-il, est toujours réaffirmé en matière de protection des investissements dans les législations des pays de la sous région ouest africaine.

3) La réaffirmation du transfert de technologie

204. Elle passe par sa consécration à travers les textes(a). Elle constitue une vieille revendication des pays d'Afrique de l'ouest en matière d'investissement(b). Les limites et obstacles au transfert de technologies sont nombreux(c).

a- La consécration textuelle du principe en matière de protection

205. La force des investisseurs étrangers ne se résume pas seulement à la possession d'argent et l'accès facile au financement bancaire ou boursier. Il y a un aspect fondamental, dont les pays d'accueil d'Afrique de l'ouest en sont dépourvus qu'est la capacité scientifique et technique⁵⁴⁴. L'obtention de la technologie est devenue la condition sine qua non pour un partenariat Etat- investisseur profitable. Ainsi, le vocable transfert de technologie est inscrit dans beaucoup d'instruments relatifs aux investissements étrangers. Dans le *Code* guinéen des investissements il y est mentionné comme suit : h) « *le transfert des technologies adaptées au besoin de développement du pays* »⁵⁴⁵.

206. C'est un procédé qui est aussi utilisé pour redynamiser la recherche-développement dans les pays d'Afrique de l'ouest, notamment par le Code des investissements du Burkina Faso qui le stipule ainsi : « *L'utilisation de technologies appropriées, la modernisation des*

⁵⁴⁴ La technologie (son transfert) a toujours été une dimension centrale des IDE et une revendication centrale des pays d'Afrique de l'ouest. Voir l'étude de la CNUCED, « *Projet de Code international de conduite pour le transfert de technologie* » TD/Code TOT/47, 1985 ; CNUCED « *Modes d'approche communs de la législation et des recommandations relatives au transfert et à l'acquisition de la technologie* » TD/B/C.6/91, octobre 1982

⁵⁴⁵ Voir Article 1^{er} : Objet du « *Code des investissements de la Guinée* » op cit.

techniques locales et la recherche-développement »⁵⁴⁶. La protection des investissements étrangers fait du transfert de technologie un objectif central à atteindre en contrepartie. Les textes le mentionnent aussi pour accélérer la valorisation sur place des ressources extractives et la mise en valeur de l'ensemble des richesses du pays. Étant des États dépourvus d'infrastructures scientifiques et technologiques de haut niveau, ces pays comptent sur l'investissement international pour capter la technologie conçue ailleurs par le biais du transfert du Know how. De même les investisseurs étrangers sont invités à avoir des plans de formation du personnel, de transférer les compétences et savoir-faire au personnel local du/des pays d'implantation. Dans certains pays comme le Togo la formation du personnel est prévue la loi sur les investissements étrangers et son respect est supervisé par l'Agence qui s'occupe des investissements. En effet, l'article 36 dispose :

*« Les entreprises éligibles aux avantages du présent code bénéficient d'une réduction de 50% sur les frais d'établissement des titres de séjour des salariés étrangers qu'elles recrutent avec le statut d'agent de maîtrise ou de cadre(hors renouvellement). En contrepartie, l'entreprise s'engage à former et recruter ou promouvoir un nombre équivalent de salariés de nationalité togolaise aux postes équivalents dans un délai de quatre(4) ans. Dans ce cadre, l'entreprise s'engage à assurer un plan de formation visant à promouvoir un transfert de compétence effectif au profit des salariés de la nationalité togolaise. L'entreprise doit former l'Agence des actions entreprises dans ce domaine au moyen de rapports annuels dans le cadre de ses obligations d'information »*⁵⁴⁷.

207. L'impact local, le *local content* concernant les produits demeure une préoccupation majeure dans ces pays, même si il n'est explicitement conditionné dans les textes du fait de certains engagements internationaux⁵⁴⁸. Cependant, le Code des investissements d'un pays comme la Côte d'Ivoire, avec la nuance qui sied, le mentionne pour ce qui est du local content en ressource humaine: *« L'investisseur privilégie le recours à des fournisseurs et sous-traitants locaux avec qui il entretient des relations mutuellement bénéfiques notamment par la formation et le transfert de technologie »*⁵⁴⁹. Les législations relatives aux investissements étrangers des pays d'Afrique de l'ouest concèdent des avantages fiscaux pour la promotion de l'achat des produits locaux par les investisseurs en phase d'installation ou d'implantation. C'est l'article 33 qui souligne à propos : *« Les entreprises agréées au présent Code des investissements, bénéficient de l'exonération totale des droits et taxes de douanes, à l'exclusion de la Redevance Statistique(RS), du Prélèvement Communautaire(PC), du Prélèvement Communautaire de Solidarité(PCS) et de la Taxe sur la Valeur Ajoutée(TVA), sur les matières et emballages importés en cas d'indisponibilité de produits équivalents*

⁵⁴⁶Voir l'article 2 de la Loi n°007-2019/AN du ADP du 29 janvier 2010 portant *Code des investissements* du Burkina Faso

⁵⁴⁷Voir Article 36 du *Code des investissements du Togo* op cit. p.10 Cette loi dispose aussi dans son article 35 al.b que *« l'abattement fiscal est accordé si l'investisseur :- assure un transfert de compétence au personnel local par le biais d'un plan de formation approprié dont les détails devront être communiqués à l'Agence »*

⁵⁴⁸Voir l'OMC : l'accord sur les *MICS* (Mesures concernant les investissements et liées au commerce) de l'OMC adopté le 15 avril 1994 à Marrakech(Maroc), et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995, interdit le principe

⁵⁴⁹Voir article 24 de l'Ordonnance N° 2012-487 du 07 juin 2012 portant *Code des investissements* de la Cote de la Côte d'Ivoire op cit. p.15

fabriqués localement ». La nécessité du transfert de technologie sans cesse évoquer en matière de protection de l'investissement a été et continue d'être une vieille revendication des pays d'Afrique de l'ouest.

b- L'actualité d'une vieille revendication des pays d'Afrique de l'ouest

208. En matière d'investissement international, le transfert de technologie et de Know How constitue une vieille revendication des pays du Tiers monde en général et d'Afrique de l'ouest en particulier. Le vocable a eu ses lettres de noblesse et a accompagné la revendication du Nouvel Ordre économique International par le Sud aux Nations-Unies⁵⁵⁰. Les Organismes du système des Nations-Unies ont jeté les bases d'études, et de propositions en vue d'élaborer un cadre normatif pour le transfert de technologie. Celui-ci est défini par le « Code international de conduite pour le transfert de technologie » comme « *le transfert des connaissances systématiques nécessaires à la fabrication d'un produit, à l'application d'un procédé ou à la prestation d'un service* »⁵⁵¹ permettant aux grands investisseurs de transférer en vers les pays en développement la technique et le savoir-faire nécessaires en vue d'amorcer leur développement. D'autres Organisations comme l'OCDE en ont fait leur cheval de batailles à travers des propositions pertinentes et des invites régulières faites aux États membres et aux grandes entreprises de faire bénéficier de leurs savoirs- faire les pays auxquels elles se sont implantées pour leurs activités⁵⁵².

209. Le monopole technologique des investisseurs internationaux, à travers la propriété intellectuelle⁵⁵³ des inventions, du droit d'auteur, de l'exclusivité des brevets et du savoir, est

⁵⁵⁰ Voir Nations-Unies *Résolution 3281(XXIX)*, Charte des droits et devoirs économiques des États adoptée le 14 décembre 1974. Cet instrument juridique « soft » dispose en son article 13 que 1. « *Chaque État a le droit d'avoir part aux avantages du progrès et des innovations de la science et de la technique pour accélérer son développement et social.* » Cet instrument pose aussi la nécessité coopérative entre États avancés et États dépourvus faiblement en technologies pour avancer en termes de progrès. Ainsi l'alinéa 2 dispose : « *Tous les États devraient promouvoir la coopération scientifique internationale et le transfert des techniques, en tenant dûment compte de tous les intérêts légitimes, y compris notamment les droits et les devoirs des détenteurs, des fournisseurs et des bénéficiaires des techniques. En particulier, tous les États devraient faciliter l'accès des pays en voie de développement aux réalisations de la science et de la techniques modernes, le transfert des techniques et la création de techniques autochtones dans l'intérêt des pays en voie de développement, sous des formes et conformément à des procédures qui soient adaptées à leurs économies et à leurs besoins.*

3. *Par conséquent, les pays développés devraient coopérer avec les pays en voie de développement à établir, renforcer et développer leurs infrastructures scientifiques et technologiques, de façon à favoriser l'expansion et la transformation de l'économie des pays en voie de développement.*

4. *Tous les États devraient coopérer à des travaux de recherche en vue d'élaborer d'autres principes directeurs ou règlements acceptés au niveau international pour le transfert des techniques, en tenant dûment compte des intérêts des pays en voie de développement.* »

⁵⁵¹ CNUCED, Document TD/Code Tot/47 1985. Voir A. Y. Abdulqawi « le transfert de technologie » pp.739-755 in *Droit international Bilan et perspective* Tome II sd Bedjaoui (M.), Paris, éd. A. Pedone, Unesco, 1991

⁵⁵² Voir l'étude de l'OCDE sur le transfert de technologie « *Propriété intellectuelle, transfert de technologie et ressources génétiques Une étude de l'OCDE sur les pratiques et politiques actuelles* » OCDE, 1996, 91p. www.oecd.org/fr/science/biotech/1947178.pdf p.51 consulté le 10 octobre 2017

⁵⁵³ Dans les pays exportateurs de capitaux du Nord, la technologie fait l'objet d'un encadrement juridique et d'une protection sans précédent comparée aux pays en développement (où le cadre peut exister mais n'est guère respecté pour plusieurs facteurs : ignorance, économie dominée par le secteur informel et mauvaise application des lois et règlements

symbolisé par le nombre de dépôt de brevet⁵⁵⁴ d'invention et de leur monopole d'utilisation. Dans les pays africains, l'échec des modèles et politiques d'industrialisation sont dus au déficit de savoir-faire et à la non maîtrise technologique pour la plupart. Joseph Jehl affirme à ce propos dans les années 80 que : *« Les États en développement tirant les conséquences de l'échec des premières tentatives d'industrialisation fondées sur l'injection de capitaux, désignant l'absence de technologie comme responsable du non- décollage économique, et affirment leur volonté d'obtenir la technologie nécessaire, spécialement celle que détiennent déjà les pays industrialisés . C'est pourquoi la technologie figure de plus en plus fréquemment au rang des thèmes discutés à l'échelle internationale, influençant même le discours politique. La volonté d'un certain nombre d'Etats de créer les conditions favorables à une meilleure acquisition de la technologie permet d'affirmer l'existence depuis quelques années, d'une revendication portant sur la technologie »*⁵⁵⁵. Le transfert de technologie suppose non seulement un environnement juridique et politique approprié, mais aussi différentes modalités pratiques. Le professeur Abdulqawi Ahmed Yusuf vice président actuel de la CIJ décrit les différents modes de transmission et de leur évolution dans le temps en notant ceci : *« Les principaux modes de transfert sont les suivants : investissement privé étranger direct (y compris sous forme de coentreprise), concession sous licence des droits de la propriété industrielle et accords de communication de savoir-faire, et arrangement « clés en main » ou « produits en mains ». Mais ces formes de transfert peuvent évoluer avec le temps et de nouvelles formes peuvent apparaître en fonction de la nature de la technologie à transférer et du niveau de développement technologique des parties ou des pays dont elles sont ressortissants. C'est ainsi que jusque dans les années 50, les investissements étrangers directs et les contrats de concession de licence (reconnaissant simplement au licencié le droit d'exploiter les brevets étrangers ou les marques du concédant) étaient, entre pays industrialisés à économie de marché, les modes de transfert les plus courants. »*⁵⁵⁶.

210. Si les pays d'Afrique de l'ouest n'ont pas pu bénéficier d'un transfert massif de technologie et de savoir-faire dans leur volonté d'accueillir les investissements étrangers, il n'en est pas de même dans d'autres parties du monde en développement. Ailleurs, comme en Asie, le dynamisme du rattrapage technologique et des progrès économiques a été facilité dans une large mesure par les transferts massifs de technologie dans le cadre des investissements record qu'ils ont reçu durant des décennies, dès lors que ces pays ont une « politique intelligente » d'accueil des IDE qui consiste à exiger un transfert de technologie et la « pratique des joint-ventures »⁵⁵⁷. Dans ces pays, la stratégie d'industrialisation a été en

⁵⁵⁴ Selon le rapport de l'OMPI : *« Il y a une forte augmentation de la demande de titres de propriété intellectuelle dans le monde : -brevet 2,9 millions +7,8% ; Modèles d'utilité 1,2 millions + 27,0% ; -Marques 8,4 millions + 13,7% ; - Dessins et modèles industriels 1,1 millions + 0,6%. L'Asie a reçu l'essentiel des demandes de titres de propriété intellectuelle déposée dans le monde »* Voir (OMPI 2016) « Propriété intellectuelle : Faits et chiffres de l'OMPI 2016 » 52 p. www.wipo.int/edocs/pubdocs/Fr/wipo-pub-943-2016pdf pp. 7-8 consulté le 05 septembre 2017

⁵⁵⁵ Voir Jehl (JO.) *Le commerce international de la technologie Approche juridique* Université de Dijon Institut de relations Internationales Travaux du CRDEDIMI Librairie Technique de Paris, 1985 p.310

⁵⁵⁶ Voir Abdulqawi A. (Yu.) « Le transfert de technologie » in *Le droit international Bilan et perspectives* Tome II Mohamed Bedjaoui Redacteur général, Ed. A. Pedone, Unesco, 1991 pp.739-755 pp.745-746

grande partie facilitée par la mise en place d'un cadre juridique et institutionnel facilitant les investissements en joint-venture et exigeant un transfert de technologie systématique comme mode d'implantation⁵⁵⁸. Ce principe au cœur de l'investissement international- s'il a réussi ailleurs au point de faire des émules- il n'en est pas de même dans le contexte des pays d'Afrique de l'ouest. Dans ces pays, ce principe consacré a du mal à être opérationnel du fait de plusieurs facteurs juridiques mais aussi extra juridiques.

c- Les limites et les obstacles liés au transfert de technologie

211. Les textes qui prévoient la protection des investissements directs étrangers n'ont jamais eu une stratégie claire, prévisible et suivie en matière de réception, l'utilisation de la technologie et du savoir-faire conçus ailleurs. Il y a plusieurs obstacles sur le chemin du transfert de technologie dans le contexte spécifique des pays d'Afrique de l'ouest. Premièrement, il n'y a pratiquement aucune stratégie, politique et suivi de l'enseignement en matière de science et technique⁵⁵⁹. Cela se traduit par la faiblesse des instituts de recherche existants. Ces derniers ne produisent pas de résultats du fait de manque criard de financement et de volonté politique résolue. Ensuite, le manque de curiosité scientifique et d'organisation institutionnelle dans la politique de valorisation de la science et de la technologie au sein des élites politiques, économiques - monde des affaires locales- et surtout dans la société africaine de l'ouest, en général, est courant. Le dernier facteur qui a handicapé la profitabilité des investissements en matière de technologie, Il y a le manque de stratégie et même « d'habileté » politique. En effet, la technologie s'obtient que par trois procédés : le premier procédé est de mettre sur pied un cadre juridique interne (code des investissements) ou bilatéral -traité bilatéral de protection et de promotion des investissements *TBI*) prônant un transfert volontaire de technologie.

212. Le deuxième procédé : est d'exiger par la contrainte c'est-à-dire posé -comme conditionnalité d'agrément- la technologie comme modalité d'entrée et d'implantation des investissements étrangers. En troisième instance, c'est le procédé « *intelligent* » : il consiste à détecter le secret de fabrique et la stratégie d'un investisseur étranger pour maîtriser le procédé de fabrique de son produit. L'absence de tradition technologique des Etats-africains post indépendance n'est jusqu'ici compensée par aucune action de-politique sectorielle interne, ou par traité bilatéral de coopération ou autre. Pour relever le défi de bons investissements accompagnés de bonnes technologies- face à des pays faibles en matière de

⁵⁵⁸Bytheway, Simon, « *Liberalization, Internationalization, and Globalization : charting the Course of Foreign Investment in the Finance and Commerce of Japon* », Japon Forum, vol.22, n°3, 2010, p.437-443

⁵⁵⁹ Le système éducatif des pays d'Afrique Subsaharienne particulièrement ceux francophones favorisent plutôt et met l'accent sur les filières littéraires au détriment des filières scientifiques et technologiques. La conséquence de cette orientation de politique éducative : c'est d'une part la marginalisation des filières d'excellence technologique, la formation des ingénieurs et la marginalisation de la recherche développement au plan scientifique, d'autre part, c'est l'incapacité du système éducatif à fournir des compétences opérationnelles dont les investisseurs étrangers ont besoin- parfois- pour pouvoir démarrer leurs activités. C'est un facteur culturel au sein de ces pays qui consistent à valoriser la formation intellectuelle, plutôt que les formations scientifiques qualifiantes. On considère que le diplôme obtenu- quelque soit le domaine d'ailleurs- est plus importante que le savoir faire technique et technologique.

capacités technologie- les pays d’Afrique gagneraient à inscrire de façon détaillée et explicité la nécessité du partage de la technologie comme élément constitutif de certains grands investissements reçus et améliorer un environnement juridique jusque là peu favorable au traitement de la technologie⁵⁶⁰ Dans un monde de plus en plus ouvert ou à la faveur de la révolution des Technologies de l’information et de la communication et des transports et du rapprochement entre cultures, les pays d’Afrique peuvent et doivent avoir des plans, stratégies et visions pour acquérir la technologie étrangère.

213. La technologie est devenue, de nos jours, un élément incontournable pour le décollage économique. Devant les enjeux technologiques dans les investissements étrangers- il faut contourner les difficultés et obstacles- afin d’explorer toutes les pistes légales pour « contraindre » les investisseurs étrangers à partager la technologie. Dans cette perspective, l’achat de technologie obsolète peut être un début de solution. Il y a aussi la formation et le suivi de personnels qualifiés pour installer des technologies ou usines clés en main. Les instruments juridiques nationaux de protection des investissements étrangers des pays d’Afrique de l’ouest doivent s’orienter à terme vers cet objectif surtout dans un contexte où ce cadre législatif des Codes relatif aux IDE étend de plus en plus le champ d’application du régime des privilèges.

C : Le champ d’application du régime des privilèges prévus par ces instruments juridiques nationaux

214. Les textes relatifs aux investissements étrangers dans les pays d’Afrique de l’ouest apportent beaucoup d’innovations au niveau des secteurs d’activités éligibles aux avantages (1) mais aussi contient des secteurs qui sont exclus des bénéfices du bénéfice des dits textes (2).

1) Les secteurs d’activités couverts par le champ d’application

a- L’éligibilité de l’investissement liée aux secteurs d’activités économiques

215. Les instruments relatifs aux investissements étrangers ne règlementent tous les secteurs économiques du/ des pays. En effet, dans les pays d’Afrique de l’ouest, les secteurs comme ceux relatifs aux secteurs extractifs (mines et énergie) sont régis par des dispositions juridiques spécifiques⁵⁶¹. Malgré l’éligibilité sectorielle prévue par les dispositions des Codes, il faut dire que les secteurs où les différents pays ouest africaine ont un besoin urgent et croissant de développement. Le *Code des investissements* de la Guinée dans son article 3 dispose que : « *Le présent Code s’applique à tous les investisseurs, personnes physiques ou*

⁵⁶⁰ L’environnement juridique de la technologie en Afrique de l’ouest n’obéit pas à un environnement stable et prévisible où les acteurs respectent les droits de la propriété intellectuelle (malgré l’existence de conventions régionales de respect de la propriété intellectuelle). La gangrène de l’informel et une concurrence déloyale (avec les risques de copiage des droits d’auteur et du savoir faire) limite la volonté d’implantation des investisseurs étrangers dans les pays de la zone.

⁵⁶¹ Dans les pays d’Afrique de l’ouest, il s’agit de textes regroupés sous forme de Lois appelées « Codes » exemple dans les pays de tradition juridique française « *Code minier* » ex : (Sénégal) : Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier ou « *Code Pétrolier* » : Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant « *Code pétrolier* » du Sénégal ; Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant « *Code pétrolier* » du Niger

morales, qui exercent leurs activités dans l'un des secteurs suivants : a) Agriculture, pêche, élevage, exploitation forestière, et activités de stockage des produits d'origine végétale, animale ou halieutique ; b) Activités manufacturières de production ou de transformation ; c) Tourisme, aménagements et industries touristiques, autres activités hôtelières ; d) Nouvelles Technologies de l'information et de la Communication ; e) Logements sociaux ; f) Activités et travaux d'assainissement, de voirie, de traitement de déchets urbains et industriels ; g) Industries culturelles : livre, disque, cinéma, centre de documentation, centre de production audio-visuelle ; h) Services exercés dans les sous-secteurs suivants : -santé ; - éducation et formation ; - montage et maintenance d'équipements industriels ; - télé-services, -transports routier, aérien et maritime. I) Infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires et ferroviaires ; j) Réalisation de complexes commerciaux, parcs industriels, cyber villages et centres artisanaux »⁵⁶². Dans ces instruments, la notion de « secteurs économiques couverts » par les Codes n'est par ailleurs pas figée.

216. En effet, ces instruments se traduisent par une grande fluidité et adaptabilité selon la nature, le statut de l'investisseur et l'importance des investissements en jeu. Les textes peuvent d'ailleurs être modifiés par voie réglementaire (décret) sur proposition du ministre chargé du Plan. Ainsi, en stipule l'article 2 du Code des investissements du Sénégal : « *Sur proposition du Ministre chargé du Plan, cette liste peut être modifiée par décret en fonction des besoins et impératifs du développement national* »⁵⁶³. Dans le contexte des pays de cette sous-région, la protection accordée aux investissements et aux investisseurs étrangers se veut large, ouverte et sans cesse en amélioration. La politique de la porte ouverte est toujours privilégiée. Cependant, certaines législations prévoient des secteurs réservés ou faisant l'objet de « régimes d'aides spécifiques ». Comme l'a reconnue l'Ordonnance relative aux investissements étrangers de la Côte d'Ivoire : « *Le présent Code s'applique à tous les investisseurs privés réalisés en Côte d'Ivoire par une personne physique ou morale, à*

⁵⁶²Voir Article 3 « *secteurs d'activités couverts* » de la Loi L/2015/N°008 du 25 mai 2015 portant *Code des investissements de la Guinée*. Ce texte nuance toutefois en soulignant que : « *La liste des secteurs d'activités susmentionnées peut être modifiée par décret présidentiel pris en conseil des Ministres sur proposition du Ministre en charge de la Promotion du Secteur Privé doit préalablement à la proposition requérir l'avis du Comité technique de suivi des investissements.* »

⁵⁶³Voir article 2 du *Code des investissements* du Sénégal. Cet article prévoit les différents secteurs d'activité éligibles : « *Le présent Code s'applique à toutes les entreprises, y compris les petites et moyennes entreprises, qui exercent leur activité dans l'un des secteurs suivants :*

- a) *Agriculture, pêche et élevage, activités connexes de transformation, de stockage et de conditionnement de produits d'origine végétale, animale ou halieutique ;*
- b) *Activités manufacturières de production ou de transformation ;*
- c) *Recherches, extraction ou transformation de substances minérales ;*
- d) *Tourisme, aménagements et industries touristiques et autres activités hôtelières ;*
- e) *Industrie culturelle exercée par une petite et moyenne entreprise au sens de l'article 17(livre, disque, cinéma, centre de documentation, centres de production audiovisuelle etc....) ;*
- f) *Services exercés par une petite et moyenne entreprise, au sens de l'article 17, dans l'un des sous-secteurs suivants :*

-santé-

-Éducation d'équipement

- Montage d'équipements industriels

-Maintenance d'équipements industriels

-Et aménagements et gestion de voies ferrées. »

l'exception des investissements bénéficiant de régimes d'aides spécifiques déterminés par le Code Général des impôts ou des lois particulières »⁵⁶⁴.

217. Ce modèle de protection privilégiant la porte ouverte sectorielle des pays d'Afrique de l'ouest n'est pas souvent partagé par d'autres pays pourtant réputés libéraux. Un pays comme les États-Unis d'Amérique instaure des clauses et des exceptions sécuritaires pour tout achat d'entreprises américaines dans certains secteurs : *« Certains secteurs sont souvent réservés aux nationaux : secteurs travaillant pour la défense nationale, les communications, les transports, les banques, les ressources naturelles. Même les États-Unis qui prône le plus grand libéralisme en la matière, connaissent de telles dispositions (monopole des transports commerciaux par mer, la loi sur les mines de 1972, la loi de 1989 permettant au Président de s'opposer à des prises de contrôle de sociétés américaines par des groupes étrangers dès lors que la sécurité nationale est menacée). En France le décret du 27 janvier 1967 a longtemps soumis l'admission d'investissements directs étrangers d'une certaine importance à une autorisation préalable. Malgré le libéralisme, certains secteurs demeurent cependant réservés : par exemple le secteur de la production et de la commercialisation d'armes de guerre »⁵⁶⁵*

218. L'éligibilité aux codes d'investissement dépend aussi du montant des investissements prévus ou accueillis par le ou les pays.

b-L'éligibilité liée au montant des investissements

219. Les pays d'Afrique ayant la particularité d'être pour l'ensemble des pays en développement et pauvres en capital, ils ont besoin des grands investisseurs étrangers pour compléter les efforts locaux en matière de développement. C'est pourquoi les textes qui prévoient la protection de l'investissement étrangers prévoient et sollicitent, comme au Bénin : *« des investissements structurants, les investissements dont le montant hors taxe est supérieur ou égal à 100.000.000.000 FCFA et qui contribuent et qui contribuent à la consolidation des pôles de développement identifiés »⁵⁶⁶*. Dans le but de renforcer l'attractivité du cadre juridique lié à l'accueil, et renforcer ainsi la protection de l'investissement étranger, les différents pays ont prévu des montants des investissements en fonction de régimes de classification allant de A à C. Dans ces instruments, l'éligibilité aux différents avantages est soumise au prorata des montants investis. L'article 14 de la loi portant *Code des investissements* du Togo dispose aussi que : *« Les entreprises exerçant ou désirant exercer une activité qui entre dans le champ d'application tel que défini à l'article 13 sont assurés des avantages énoncés dans le présent Code, sous réserve que le projet d'investissement réponde aux critères visés ci-après : Le programme d'investissement doit être supérieur à*

⁵⁶⁴ Voir article 4 l'Ordonnance N° 2012-487 du 07 juin 2012 portant *Code des investissements* en Côte d'Ivoire. Voir aussi l'article 13 de la Loi N°2012-001 portant *Code des investissements* de la République du Togo qui dispose : *« Les mesures incitatives visées au Chapitre VI du présent Code s'appliquent à toutes les entreprises régulièrement établies sur le territoire douanier togolais et y exerçant une activité agricole, industrielle, commerciale, artisanale ou de service conforme aux lois et règlements en vigueur... »*

⁵⁶⁵ Voir Leben (Ch.) *« Le droit international des affaires »*, Paris, éd. PUF 2003 6^e édition p.113

⁵⁶⁶ Voir art 47 al.4 de l'Ordonnance N° 2008-06 du 8 novembre 2008 portant *Code des investissements* du Bénin

cinquante millions (50.000.000) de francs CFA et être réalisés dans le cadre du régime de déclaration ou du régime d'agrément visés au chapitre V »⁵⁶⁷.

220. De même, en vue de rendre plus attractif juridiquement les pays aux grands investissements étrangers, les pays d'Afrique de l'ouest ont classés les investissements en fonction de « régimes ». Le principe de *régime de A à D* a classé les entreprises entrant dans le champ d'application du Code. Ainsi pour la loi sur les investissements étrangers au Mali, il y est longuement énuméré comme suit : *« Le régime A concerné les entreprises dont l'investissement est égal ou supérieur à douze millions cinq cent mille Francs CFA(12.500.000 FCFA) et inférieur ou égal à deux cent cinquante millions de Francs CFA(250.000.000 FCFA), hors taxes et hors besoin en fonds de roulement ; le Régime B concerne les entreprises dont l'investissement est supérieur à deux cent cinquante millions de Francs CFA(250.000.000 FCFA) et inférieur à un milliards de Francs CFA(1.000.000.000 FCFA) hors taxes et hors besoin en fonds de roulement ; le Régime C concerne les entreprises dont l'investissement est égal ou supérieur à un milliards de Francs CFA hors taxes et hors besoin en fonds de roulement ; le Régime D concerne les entreprises dont l'investissement est strictement supérieur à douze millions cinq cent mille Francs CFA(12.500.000 FCFA) hors taxes et hors besoin en fonds de roulement .La production de ces entreprises destinée-à l'exportation est égale ou supérieur à 80% »⁵⁶⁸.*

221. De même sous de proportions financières plus élevées, le *Code des investissements* du Burkina Faso prévoit quatre régimes de privilèges⁵⁶⁹. Toutefois, ce texte minimise les montants concernant les secteurs tels que l'agriculture et l'élevage : *« pour les entreprises des secteurs de l'agriculture, de la sylviculture, de l'élevage et de la pisciculture, les critères de seuil d'investissement et de création d'emplois sont réduits au quart »⁵⁷⁰*. Dans ces dispositions relatives aux investissements étrangers, il y a des secteurs exclus aux bénéfices prévus par ces instruments juridiques.

⁵⁶⁷Voir Loi N° 2012 -001 portant Code des investissements de la République Togolaise en son article 14.

⁵⁶⁸Voir article 5 de la Loi N° 2012-016/du 27 février 2012 portant *Code des investissements* du Mali

⁵⁶⁹Voir article 6 de la Loi N°007-2010/AN du 29 janvier 2010 portant Code des investissements du Burkina Faso Cet article dispose qu'il existe quatre régimes de privilèges définis comme suit : «

- Le « Régime A » concerne les entreprises dont l'investissement est supérieur ou égal à cent millions(100.000.000) de francs CFA et strictement inférieur à cinq cent millions(500.000.000) de francs CFA hors taxes et hors fonds de roulement entraînant la création d'au moins trente emplois permanents ;
- Le « Régime B » concerne les entreprises dont l'investissement est supérieur ou égal à cinq cent millions(500.000.000) de francs CFA hors taxes et inférieur à deux milliards (2.000.000.000) de francs CFA, hors taxes et hors fonds de roulement entraînant la création d'au moins trente emplois permanents ;
- Le « Régime C » concerne les entreprises dont l'investissement est supérieur ou égal à deux milliards(2. 000.000.000) de francs CFA hors taxes et hors fonds de roulement entraînant la création d'au moins trente emplois permanents ;
- Le « Régime D » concerne les entreprises dont l'investissement est égal ou supérieur à un milliard (1 000 000 000) de francs CFA hors taxes et hors fonds de roulement entraînant la création d'au moins trente emplois permanents et dont la production destinée à l'exportation est égale ou supérieure à 80%. »

⁵⁷⁰Voir Ibid l'article 6

2-Les secteurs exclus des bénéfices prévus par ces instruments

222. Il s'agit ici des activités relatives aux commerce et actes de vente(a). Il y a aussi les activités faisant l'objet d'une réglementation spécifique(b).

a- Les activités liées aux secteurs commerciaux

223. Dans les instruments juridiques relatifs à la protection des investissements étrangers, la notion d'investissement et d'investisseur y font l'objet de définitions spécifiques. Dans les textes, il est explicitement spécifié le statut que doit avoir un investissement⁵⁷¹. L'activité commerciale désigne la pratique relative à l'exercice d'activité d'échange et de vente commerciale sans permanence (avec une unité de production dédiée avec un personnel technique et administrative). Par conséquent, les activités qui concernent les produits achetés à l'extérieur ou leur revente sur le marché interne ne peuvent prétendre bénéficier des divers privilèges qu'octroient les Codes des investissements. Le Code du Mali tente d'éclaircir la notion de champ d'application en y écartant explicitement les activités liées au négoce de marchandises et en y intégrant la notion de « valeur ajoutée directe ». Cet instrument en dispose ainsi dans son article 3 : *« Le présent Code s'applique aux entreprises justifiant un taux de valeur ajoutée directe minimum. La valeur ajoutée directe est l'élément fondamental pour l'appréciation des projets. La procédure d'agrément, le taux minimum de la valeur ajoutée ainsi que les éléments qui la composent sont fixés par décret pris en conseil des ministres. Les activités de négoce définies comme des activités de revente en l'état des produits achetés à l'extérieur de l'entreprise sont expressément exclues du champ d'application du présent Code... »*⁵⁷².

224. Par conséquent, est exclue du champ d'application et des privilèges prévus par ces instruments les activités d'importation et de vente de produits sans transformation aucune. L'idée d'impact significatif et réel dans les politiques de développement et d'atteinte aux objectifs définis dans le cadre du plan est souligné par plusieurs textes notamment celui du Bénin : *« Pourra être admise au bénéfice de l'un des régimes privilégiés prévus à l'article 11 ci-dessus, toute entreprise de tous secteurs nouvellement créée présentant un intérêt ou une importance particulière pour la réalisation des objectifs du plan national du développement économique et social et n'entrant pas dans l'un des ci-après :*

« 1° les activités consistant en l'achat pour la revente en l'état :

*2° les activités de reconditionnement, de découpage, de torsadage ou d'emballage de produits finis ou semi finis et toutes autres activités n'entraînant pas une ouvraison ou une transformation au sens de la nomenclature douanière... »*⁵⁷³.

⁵⁷²Voir article 3 de la Loi 2012-016 du 27 février 2012 portant *Code des investissements* du Mali op cit.

⁵⁷³Voir l'article 15 de l'Ordonnance N°2008-04 du 8 novembre 2008 portant *Code des investissements* du Bénin. Cet article apporte, dans un troisième alinéa, une innovation en soulignant que les entreprises ne peuvent

225. L'investisseur étranger peut aussi définir juridiquement son activité pour bénéficier juridiquement des privilèges qui entrent dans le champ d'application prévu par les Codes. C'est tout le sens de l'article 14 du Code Togolaise : « *Les entreprises exerçant ou désirant exercer une activité qui entre dans le champ d'application tel que défini à l'article 13 sont assurées des avantages énoncés dans le présent Code...* ».⁵⁷⁴ En matière de protection des investissements étrangers tout ne se fait à travers les instruments juridiques généraux que sont les « Codes nationaux d'investissement », il y a des secteurs spécifiquement réglementés à travers des instruments juridiques particuliers.

b- Les activités spécifiquement réglementées

226. Dans les pays de la sous-région ouest africaine, le champ d'application d'un investissement, son éligibilité ou non des avantages, dépend de deux facteurs : les textes pertinents ou la souplesse des autorités. Si les investissements étrangers sont prévus et organisés par les Codes nationaux, il n'en ait pas de même de certains secteurs particuliers. En effet, ces secteurs (pour des raisons techniques, sécuritaires et de priorité de développement) font exception. Ils sont réglementés dans des instruments juridiques particuliers.⁵⁷⁵ Les investisseurs étrangers doivent faire avec cette exception. Elle touche les secteurs comme les Télécommunications, les ressources naturelles et les secteurs liés au service comme aussi les banques, assurances et les Technologies de l'information et de la technologie. Ces secteurs sont consacrés dans des instruments législatifs communément appelés « Code spécifique » dans les pays de tradition juridique française. Le Code des investissements du Mali dans son article 3 al.2 en dispose ainsi : « *Les activités éligibles à des codes spécifiques sont aussi exclues du champ d'application du présent Code ainsi que les services bancaires et financiers, et les activités de télécommunication. Les matériels admis à des régimes spécifiques sont exclus des programmes d'investissement agréés au Code des investissements.* »⁵⁷⁶.

bénéficier du « régime des privilèges » du fait que : « les activités ayant une incidence particulière néfaste sur l'environnement et la santé des populations ... »

⁵⁷⁴Voir article 14 du Code des investissements du Togo op cit. p.23

⁵⁷⁵Voir Code des Investissements du Togo où l'article 13 dispose ainsi : « *Les mesures incitatives visées au Chapitre VI du présent Code s'appliquent à toutes les entreprises régulièrement établies sur le territoire douanier togolais et y exerçant une activité agricole, industrielle, commerciale, artisanale ou de service conforme aux lois et règlements en vigueur à l'exception :*

- 1) *Des entreprises dont les activités, qui pour des raisons d'intérêt général et d'ordre public, sont interdites par la loi ;*
- 2) *Des entreprises admises, au régime d'un code spécifique, ou exerçant une activité dans l'un des secteurs réglementés suivants : a. mines et hydrocarbures à l'exception des activités de stockage d'hydrocarbures, de gaz à usage domestique, industriel ou médical ; b. banques ; c. assurances et réassurances ; c. production d'armements et activités militaires connexes ;*
- 3) *Des entreprises exerçant les activités suivantes :*
 - a. *Activité de négoce (achat et revente en l'état des produits) ; b. activités de courtage ; c. stockage de produits autre que végétal, animal et halieutique ; d. gestion des infrastructures portuaires et aéroportuaires.* » op cit.p. 22

⁵⁷⁶Voir article 3 « secteurs d'activités éligibles » du Code des investissements du Mali op cit. p.23

227. Il y a une certaine synonymie dans la spécificité des secteurs soumis à une réglementation particulière dans ces différents pays. Les investisseurs internationaux doivent adapter leurs investissements pour se conformer aux textes et espérer accéder aux bénéfices prévus à cet effet. La loi sur les investissements du Niger stipule dans son article 5 : « *Sont exclues du bénéfice du présent Code ; - les activités de recherches et d'exploitation minières ; - les activités de recherches et d'exploitation pétrolières. Ces activités sont régies respectivement par le droit harmonisé des affaires de l'OHADA, le Code Minier, le Code Pétrolier et leurs textes d'application.* »⁵⁷⁷. De même, il arrive que la spécificité de la réglementation lie l'intérêt général et des questions liées à l'ordre public. C'est le sens donné par le Code béninois : « *A l'exception des activités qui pour des raisons d'intérêt général et d'ordre public, sont interdites par la Loi, l'exercice d'une activité industrielle, agricole, commerciale ou artisanale est libre en République du Bénin* »⁵⁷⁸. Cette réglementation spécifique et technique est élargie au plan sectoriel dans un pays comme la Guinée. Dans ce pays le cadre législatif relatif aux investissements étrangers dispose dans son article 5 que : « *les personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit leur nationalité, ne peuvent entreprendre sans autorisation sur le territoire guinéen des activités dans les activités suivante :* »⁵⁷⁹.

T- Paragraphe 2 : Les systèmes d'agrément des investissements prévus par les instruments nationaux

228. Il s'agit d'un ensemble de pratiques qui concourent à faciliter la vie de l'investisseur avant le démarrage de ses activités. Il y a la procédure et les privilèges qui sont prévus pour les entreprises agréées (A). Ensuite, la durée que doit avoir l'agrément (B). Et il y a enfin, les obligations et sanctions qui sont prévus en cas de non-respect de l'agrément octroyé (C).

A : La procédure et les privilèges pour les entreprises agréées

229. Il s'agit d'analyser ici cet aspect important du traitement des investissements qui est l'aspect procédural relatif à l'octroi d'agrément (1). L'analyse démontrera aussi la nature du régime des privilèges pour les investisseurs agréés (2).

1) La procédure

230. C'est un instrument accompagné d'un contenu formaliste (a), mais aussi, compte de la particularité institutionnelle de ces pays, il y a les prérogatives des administrations concernant son octroi (b).

⁵⁷⁷ Voir article 5 du Code des investissements du Niger op cit.

⁵⁷⁸ Voir article 10 du Code des investissements du Bénin op cit.

⁵⁷⁹ Voir article 5 qui énumère ces secteurs : «

-la production et la distribution d'électricité, sauf pour la satisfaction de leurs besoins personnels ;

- la distribution d'eau courante, sauf pour la satisfaction de leurs besoins personnels ;

Les banques et assurances ;

-les postes et les télécommunications ;

-la fabrication, l'achat et la vente d'explosifs, d'armes et de munitions ;

-la santé, l'éducation et la formation ;

- la fabrication, l'importation et la distribution de médicaments et produits toxiques et dangereux. »

a- Le contenu de la demande d'agrément

231. En matière d'avantages octroyés durant le traitement de l'investissement direct étranger, les pays d'Afrique de l'ouest adoptent la procédure qui consiste à octroyer des avantages post investissement et non pré-investissement. Les États maintiennent toujours- dans le principe- la décision souveraine d'agréer un investisseur étranger et d'octroyer l'agrément en fonction de leurs pouvoirs régaliens. En fonction de différentes considérations liées aux objectifs économiques poursuivies, les pays en développement se différencient en matière de procédure d'admission des investissements. Ces procédures d'agrément sont de différents types plus ou moins avantageux : déjà examiné la procédure de déclaration (voir supra), la seconde modalité d'admission est « *celle de l'agrément, qui est fondé sur la concordance d'un projet avec des critères objectifs fixés dans la réglementation nationale. Enfin, le régime le plus rigoureux est celui de l'autorisation, qui suppose un examen cas par cas, et qui est accordé ou non en fonction des avantages et coûts spécifiques à un investissement* »⁵⁸⁰.

232. Les pays d'Afrique de l'ouest ont opté pour le régime mixte en matière d'admission aux privilèges. Concrètement, l'investisseur étranger est obligé de solliciter un agrément en bonne et due forme afin de pouvoir bénéficier des avantages prévus par les Codes. Ainsi, l'investisseur est soumis à toute une procédure pour l'octroi des régimes de privilège. Selon la loi sur les investissements étrangers du Bénin : « *Toute demande d'agrément doit indiquer celui des privilégiés dont le bénéfice est sollicité. Elle doit être appuyée d'une part d'un dossier complet en vingt exemplaires contenant des indications d'ordre juridique, technique, économique et financier qui seront précisées par arrêté du Ministre chargé du plan et d'autre part de l'autorisation préalable d'installation délivrée par le ministre dont relève l'activité projetée.* »⁵⁸¹. L'agrément n'est pas réservé à une catégorie d'investisseurs ou d'investissements. Il n'est pas discriminatoire.

233. Toutes les entreprises qui interviennent dans le champ d'application sectoriel prévu par le Code des investissements peuvent procéder à une demande de bénéfice des privilèges. En la matière, c'est la liberté d'action qui est promue. Selon l'article 17 du Code nigérien : « *peut bénéficier d'un régime privilégié, toute personne physique ou morale exerçant une des activités visées à l'article 4 du présent Code qui présente un projet offrant les garanties financières, techniques et de rentabilité économique* »⁵⁸².

234. Dans un autre instrument juridique national comme le Code ivoirien, le régime d'agrément y est analysé de façon détaillée notamment sur ses bénéficiaires éventuels et le contenu du dossier : « *Tout investisseur, désirant bénéficier des avantages particuliers prévus par le présent Code, est tenu de déposer un dossier de demande d'agrément auprès de la Commission Technique Interministérielle des investissements ... Le dossier visé à l'alinéa*

⁵⁸⁰Voir J. Pierre Lavieci « *Protection et Promotion des investissements Etude de droit international économique* », Ed. PUF, 1985 p.65 op cit.

⁵⁸¹Voir article 24 de l'Ordonnance N°2008-06 du 8 novembre 2008 portant Code des investissements du Bénin

⁵⁸²Voir article 17 de la Loi 2014-09 portant Code des investissements de la République du Niger du 16 avril 2014

précèdent comporte outre la demande, des renseignements précis sur les investisseurs, des informations sur le programme, notamment sa nature, son montant ainsi que toute information nécessaire à la délivrance de l'agrément et à son suivi. En cas d'extension, de modernisation ou de diversification, l'entreprise présente en plus dans les deux jours ouvrables qui suivent le dépôt du dossier »⁵⁸³. La rapidité ou la lenteur dans l'octroi de l'agrément révèle le dynamisme ou non d'un environnement juridique des investissements. En Afrique de l'ouest, les administrations publiques nationales disposent d'importantes prérogatives pour l'octroi ou la suspension de l'agrément.

b- Les pouvoirs de l'administration dans l'octroi de ce titre

235. L'Afrique de l'ouest offre une particularité au niveau du fait administratif. En effet, dans les pays de *tradition juridique française* et latine, l'Etat y est réputé interventionniste au niveau social et économique. La position de l'administration publique y est tentaculaire, lourde et sans cesse en développement. Alors que c'est tout le contraire dans les pays qui sont adeptes de la tradition du *Common Law* -Ghana, Gambie, Sierra Leone, Libéria et le Nigéria etc.-où, l'administration y est certes importante, mais pas aussi interventionniste et impliquée dans l'activité économique. La conséquence en est que les administrations relevant de la tradition juridique latines sont tentaculaires, paperassières, lentes et hyper bureaucratisées. Ces prérogatives importantes de l'Administration ont eu des conséquences assez dommageables sur l'efficacité du climat juridique des affaires.

236. Mais dans la pratique, beaucoup d'aménagements sont apportés en vue d'épargner l'investisseur potentiel ou celui qui en fait la demande de la lenteur bureaucratique des administrations. Dans ces pays, il y a beaucoup de souplesses apportées à la délivrance de l'agrément. Il arrive même qu'il soit réputé tacitement accordé à l'expiration du délai de demande. C'est tout le sens du Code nigérien qui dispose : « *La décision relative à l'agrément doit être prise et communiquée à l'investisseur dans un délai qui ne peut excéder trente(30) jours ouvrables à compter de la date de dépôt du dossier de demande auprès du Guichet Unique de gestion du Code des investissements. Si au terme de ce délai, aucune réponse n'est donnée, l'agrément est réputé accordé. Dans ce cas, les autorités compétentes sont tenues de notifier l'arrêt d'agrément dans un délai de sept(7) jours francs ; le récépissé de dépôt faisant foi.*⁵⁸⁴ ». Il y a aussi des pays où la procédure est un peu différente dans la mesure où il y a plusieurs autorités et institutions qui interviennent tout au long du processus et où il n'y a pas

⁵⁸³ Voir article 40 de l'Ordonnance N°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements de Côte d'Ivoire

⁵⁸⁴ Voir l'article 19 de la loi 2014-09 portant Code des investissements du Niger op cit. Ce texte précise aussi que : « *la décision relative à l'agrément doit faire l'objet d'une publication au journal officiel de la République du Niger. L'avis de publication doit comporter les informations suivantes :*

- le montant des investissements à effectuer chaque année, pendant la durée de l'agrément, en monnaie locale ou l'équivalent en dollars américain et/ou en euro ;
- le lieu de l'investissement ou des investissements ;
- le nombre d'emplois à créer et leur lieu de création ;
- l'estimation des avantages fiscaux pour chacune des incitations fiscales octroyés, en monnaie locale ou l'équivalent en dollars américains au cours des cinq prochaines années. La décision relative à l'agrément entre en vigueur à compter de sa date de publication au Journal Officiel de la République du Niger. »

de présomption d'accord tacite. En effet, dans certains pays les investissements étrangers font l'objet de contrôles notamment par un avis technique requis, et surtout en cas d'absence de réponse durant le délai imparti, l'agrément n'est pas supposé tacite mais ouvre une voie de recours administratif au requérant.

237. L'investisseur est obligé ainsi en Côte d'Ivoire de saisir l'autorité suprême en l'occurrence le Premier Ministre⁵⁸⁵. De même, il y a un objectif de développement économique du pays d'accueil qui est recherché quant à la nécessité d'octroyer ou non l'agrément : « *Le régime d'agrément s'applique aux investissements relatifs aux opérations de création ou de développement d'activités* »⁵⁸⁶. Toutefois, dans le cas spécifiquement ivoirien, il y a des exceptions sectorielles notamment via l'article 43 qui en dispose que : « *Le régime d'agrément à l'investissement s'applique à tous les secteurs d'activités, à l'exception des bâtiments à usage non industriel, du commerce et des services bancaires et financiers.* »⁵⁸⁷. Il y a différents privilèges octroyés à l'investisseur agréé.

2) Le régime des privilèges pour l'investisseur agréé

238. Le régime est marqué par un champ d'application précis (a). Il y a aussi des avantages plus ou moins différents selon les pays (b).

a- Le champ d'application du régime des privilèges

239. L'environnement juridique des investissements directs étrangers en Afrique de l'ouest est marqué par la politique de la porte ouverte. En effet, dans les textes relatifs aux investissements, il y est proscrit toute discrimination envers un investisseur. Le principe consacré c'est la liberté : la liberté d'installation et le principe du libre rapatriement des bénéfices sans discrimination aucune⁵⁸⁸. Dans ce domaine, il y a le régime commun où tout investisseur qui fait la demande se voit accorder l'agrément en bonne et due forme⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵Voir Ordonnance N°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire op cit dispose dans son article 39 : « *L'organisme national chargé de la promotion des investissements, donne son avis technique sur chaque programme d'investissement et sur les projets implantés dans les espaces économiques spéciaux. L'agrément à l'investissement est accordé par décision de l'Organisme national chargé de la promotion des investissements dans un délai de dix-neuf jours ouvrables à compter de la date de délivrance de l'attestation de recevabilité. En cas de non-respect du délai maximum de vingt et un jours ouvrés d'examen du dossier par l'Organisme national chargé de la promotion des investissements, l'opérateur saisit le Premier Ministre , chef du Gouvernement, qui dispose de cinq jours ouvrables pour prendre les mesures appropriées . Les dossiers déposés par les investisseurs sont analysés sur la base de l'importance stratégique de l'investissement en ce qui concerne la valeur ajoutée apportée à l'économie ivoirienne et aux objectifs de développement économique et social de l'Etat* »

⁵⁸⁶Voir Ordonnance Ivoirienne relative au Code des investissements op cit article 42

⁵⁸⁷Voir article 43 de l'ordonnance Ivoirienne relative aux investissements op cit.

⁵⁸⁸Voir l'article 13 de la Loi N°007-2010/AN du 29 janvier 2010 portant *Code des investissements* du Burkina Faso dispose, pour montrer cette ouverture et absence de discrimination, ainsi : « *Les entreprises étrangères bénéficieront de la même protection que les entreprises burkinabè, en ce qui concerne les propriétés commerciales et la propriété intellectuelle* »

⁵⁸⁹Voir l'article 18 de la Loi N° 2014-09 portant *Code des investissements* en République du Niger qui dispose : « *Peut bénéficier d'un régime privilégié, toute personne physique ou morale exerçant une des activités visées à l'article 4 du présent code qui présente un projet offrant les garanties financières, techniques et de rentabilité économique* »

D'autres pays, en fonction des attentes et des objectifs de développement du cadre juridique optent pour des régimes privilégiés d'agrément prenant en compte certaines zones du pays, certaines catégories d'entreprises et les firmes qui valorisent l'innovation technologique et les potentialités locales. Il s'agit, outre le régime commun, de « différents régimes privilégiés », ainsi dénommés : comme au Sénégal « ...*Régime des petites et moyennes entreprises ; ...régime des entreprises valorisant les ressources locales ; ... régime des entreprises développant l'innovation technologique ; d) régime des entreprises décentralisées* »⁵⁹⁰.

240. Malgré certaines spécificités sectorielles, promotionnelles et celles liées aux objectifs de développement poursuivis, il faut dire que le champ d'application de l'agrément concerne tous les secteurs d'activités économiques ouverts aux investissements directs étrangers. Différents textes relatifs aux investissements étrangers ont prévu et organisé une « nuance » cependant. Pour un pays comme la Guinée, l'article 33 dispose : « *Toute entreprise peut bénéficier du régime privilégié du Code des investissements à condition de remplir les conditions suivantes : - être enregistrée au Registre du Commerce et de Crédit Mobilier(RCCM)* »⁵⁹¹ D'autres pays comme la Côte d'Ivoire prévoit et détaille dans le texte relatif aux investissements que : « *Le régime d'agrément à l'investissement est applicable à toutes les entreprises exerçant leurs activités dans le cadre des secteurs visés à l'article 43, conformément au critère de seuils. Le critère de seuils comprend un seuil inférieur et un seuil supérieur dont les montants sont fixés par décret pris en Conseil des Ministres* »⁵⁹².

241. La création d'activités et de richesses est privilégiée quant à l'objectif d'octroie de tout agrément Pour les entreprises étrangères qui veulent se voir agréées, elles doivent privilégier les investissements créateurs d'activités : « ***Le régime d'agrément s'applique aux investissements relatifs aux opérations de créations ou de développement d'activités.*** »⁵⁹³. Ce texte s'empresse de préciser cette exception sectorielle en disposant que : « *Le régime d'agrément à l'investissement s'applique à tous les secteurs d'activités, à l'exception des bâtiments à usage non industriel, du commerce et des services bancaires et financiers* ». ⁵⁹⁴ Les avantages qu'octroient le statut d'agrément sont larges et différents selon les pays où les secteurs.

b- La diversité des avantages selon les pays

242. Les pays d'Afrique de l'ouest prévoient différents avantages fiscaux et réglementaires aux entreprises étrangères agréées. Ils sont généraux (i), mais aussi spécifiques en fonction des objectifs du/des pays (ii).

i- Les avantages généraux selon les pays

⁵⁹⁰ Voir l'article 13 « *régime privilégié* » du Code des investissements du Sénégal

⁵⁹¹ Voir article 33 « *Conditions d'éligibilité* » du Code des investissements de la Guinée op cit.

⁵⁹² Voir article 41 du *Code des investissements* de la République de Côte d'Ivoire op cit.

⁵⁹³ Voir article 42 du *Code des investissements* de la République de Côte d'Ivoire.

⁵⁹⁴ Voir article 43 du Code des investissements de la Cote d'Ivoire (Chapitre II : *Champ d'application du régime d'agrément*)

243. Les pays d'Afrique de l'ouest rivalisent –à travers un cadre législatif et réglementaire de plus en plus attractif- d'avantages et de concurrences pour un traitement royal de l'investissement et des investisseurs étrangers. Il y a au sein des différents « régimes d'agrément » inscrits dans les instruments internes, une similarité des avantages pour les investisseurs étrangers. Cela est d'autant plus vrai que les investissements en question sont énumérés dans les textes à travers la notion de « seuil » qui doit être réalisé en « Zone » chiffré en lettres allant de A à C. Pour le cas de la Côte d'Ivoire, il est accordé à tout investisseur étranger agréé durant la période d'agrément différents avantages tel qu'-impôt, patentes et charges etc.- : « Pour un montant d'investissements inférieur au seuil supérieur... réalisés dans la zone A Il accordé une « exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ; -exonération de la contribution des patentes et des licences ; -réduction de 50% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle. »⁵⁹⁵.

244. Sur ce même registre, il y a d'autres catégories d'investissements comme ceux réalisés pour un montant supérieur au seuil. Pour ces catégories d'investissement en Zone A , il y a les avantages suivants : «- exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ; exonération de la contribution des patentes et des licences ; - exonération de l'impôt sur le patrimoine foncier ; -réduction de 50% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue. »⁵⁹⁶. Dans ces pays- marqués par un besoin de séduction sans cesse renouvelé envers les investisseurs étrangers, -la notion d'avantages fiscaux, la rapidité dans les procédures d'agrément et aides multiformes accordées aux investissements étrangers, sont privilégiés par les textes législatifs et réglementaires. Dans les textes ouest africains, la notion d' « agrément d'un investissement » est organisée et détaillée à travers un régime gradué de privilèges douaniers et fiscaux⁵⁹⁷. Le Bénin se distingue par

⁵⁹⁵ Voir Article 46 de l'Ordonnance N°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements de la Cote d'Ivoire. Ce même article conserve ses mêmes avantages en « matière « d'exonération de l'impôt » et d'exonération de la contribution des patentes et des licences », mais apporte une « réduction de 75% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue. ». Alors que pour les investissements réalisés en « Zone C », la « réduction de 90% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue, il y a aussi « exonération de l'impôt sur le revenu foncier pour les logements mis à la disposition du personnel ; exonération de l'impôt sur le patrimoine foncier »

⁵⁹⁶ Voir article 46 de l'Ordonnance portant Code des investissements de la Cote d'Ivoire. Ce même article dispose aussi que pour les investissements réalisés en « Zone B » il y a « exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial- exonération contribution des patentes et licences ; - exonération de l'impôt sur le patrimoine foncier ; - Alors qu'ici la réduction est de 75% du montant de la contribution à charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue » op cit.

⁵⁹⁷ L'article 11 de la Loi n°90 -002 du 9 mai 1990, modifiée par la loi n°90-033 du 24 décembre 1990, l'Ordonnance n° 2008-06 du 8 novembre 2008 portant Code des investissements du Bénin dispose que : « ...Les régimes privilégiés, qui sont au nombre de cinq, offrent aux entreprises nationales et étrangères, des avantages douaniers et fiscaux. Ce sont les régimes ci-après :

- Le régime « A » qui s'applique aux PME ;

l'agrément au double avantage. En effet, l'article 43 de son Code dispose que « *l'agrément au régime B comporte les avantages suivants* :

1° pendant la période de réalisation des investissements, exonération des droits et taxes à l'entrée, à l'exception de la taxe de la voirie et de la taxe de statistique, sur :-les machines, matériels et outillages destinés spécifiquement à la production et à l'exploitation dans le cadre du programme agréé ;-les pièces de rechange spécifiques aux équipements importés dans la limite d'un montant égal à 15% de la valeur CAF des équipements.

*2° pendant la période d'exploitation : -exemption des droits et taxes de sortie, applicables aux produits préparés, manufacturés et exportés par l'entreprise ;- exonération de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. »*⁵⁹⁸. De la même manière qu'il y a des avantages particuliers prévus les Codes d'investissement, il y a des avantages spécifiques (liés à la valorisation de certaines pratiques, activités spécifiques et sectorielles commerciales et économiques) prévus dans le dispositif de certains pays.

ii- Les avantages spécifiques : le cas du Mali et du Burkina

245. Chaque pays essaye d'améliorer le toilettage de ces textes dans le sens d'un environnement juridique toujours plus sécurisant, stable et prévisible possible pour un traitement approprié de l'investissement et des investisseurs étrangers. Cela est dû au phénomène *concurrentiel* qui, -loin d'être uniquement africain,- est mondial *intensif et général*⁵⁹⁹. Néanmoins, dans le contexte ouest africain, les préoccupations liées à la protection juridique des investissements mettent souvent l'accent-à tort d'une certaine manière- sur la différenciation des États pour vanter leurs avantages concurrentiels dans le domaine fiscal, les opportunités d'affaires existantes, et la main d'œuvre bon marché-. L'agrément est plus qu'une simple formalité ou procédure administrative en Afrique de l'ouest. Il est conçu comme un instrument juridique officiel d'accréditation de l'investissement. De même c'est un instrument qui conditionne l'efficacité de l'environnement juridique. La rapidité de sa délivrance conditionne l'accélération du développement de certains types d'investissements ayant un impact certain sur le tissu économique local.

246. Pour un pays comme le Mali, -au titre des privilèges et facilités- il est délivré aux entreprises qui valorisent les zones économiques spéciales⁶⁰⁰, aux entreprises étrangères

-
- *Le régime « B » ou régime de grande entreprise ;*
 - *Le régime « C » ou régime de stabilisation fiscale ;*
 - *Le régime « D » ou régime des investissements lourds*
 - *Le régime « E » ou régime des investissements structurants ». Selon l'article 47-4 de ladite loi, « Constituent des investissements structurants, les investissements dont le montant hors taxe est supérieur ou égal à 100.000.000.000 FCFA et qui contribuent à la consolidation des pôles de développement identifiés »*

⁵⁹⁸ Voir article 43 de la *Loi n°90-033* du 24 décembre 1990 portant *Code des investissements* du Bénin

⁵⁹⁹ Voir (Ch.) Oman OCDE « *Etude du Centre de développement Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? Une étude de la concurrence entre gouvernements* », OCDE 2000 p.131 et s.

⁶⁰⁰ Selon l'article 20 du Code des investissements du Mali

valorisant les matières premières locales⁶⁰¹ et enfin aux entreprises utilisant l'innovation technologique locale. D'ailleurs, le Code Malien note à ce propos : « *Est considéré comme entreprise utilisant l'invention ou l'innovation technologique, toute entreprise remplissant au moins une des conditions suivantes : investir 5% minimum de son chiffre d'affaires dans la recherche développement en son sein ; présenter un programme d'investissement visant à exploiter les résultats de recherche d'un organisme malien isolé.* »⁶⁰² En plus de ces avantages qui sont prévus les régimes allant de A à C, d'autres avantages sont prévus aux entreprises mettant l'accent sur l'innovation technologique dans les zones reculées du pays : « *les entreprises utilisant l'invention ou l'innovation technologique bénéficient de l'avantage suivant : réduction du taux de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC-IS) à 25% sur deux (2) ans supplémentaires.* »⁶⁰³.

247. Un pays comme le Burkina Faso, confronté au même problème du délaissement des zones reculées du pays en matière d'investissements étrangers et de développement, poursuit dans cette logique, en consacrant dans leur texte législatif- relatif aux investissements étrangers- les avantages liés à la décentralisation. Selon la loi n° 007-2010/AN du 29 janvier 2010 : « *Les entreprises réalisant des investissements dans une localité située à cinquante kilomètres au moins des centres de Ouagadougou et Bobo Dioulasso bénéficient d'une prorogation de trois ans des avantages afférents à leur régime. Elles bénéficient également de l'exonération totale des droits de mutation à titre onéreux par toutes les acquisitions immobilières effectuées dans le cadre de l'investissement...* »⁶⁰⁴. L'agrément à un début et une fin pour l'investisseur qui en ait le bénéficiaire.

B : La durée de l'agrément

248. Elle comprend la période d'installation de l'investisseur (1) et la période d'exploitation de l'investissement (2).

1) La période d'installation de l'investisseur

249. L'investissement direct étranger correspond à une double phase : la phase d'installation (l'amont) qui prévoit les tenants et aboutissants de l'investissement et la période (l'aval) consistant à l'exploitation. Ce calendrier a bien été décrit par le texte béninois relatif aux investissements : « *La période d'installation court à partir de la date d'effet de l'agrément et s'étend sur une période qui ne peut excéder trente(30) mois quel que soit le régime. La fin de la réalisation du programme est constatée par arrêté conjoint du Ministre Chargé du Plan, président de la Commission technique des investissements et du ministre chargé de l'industrie, président de la Commission de contrôle des investissements.* ». 231.

⁶⁰¹ Article 21 code du Mali

⁶⁰² Voir Code des investissements du Mali article 22 « *Entreprises utilisant l'invention ou l'innovation technologique* »

⁶⁰³ Voir art 22 ibid

⁶⁰⁴ Voir Loi n°62-95 ADP du 14/12/1995, ensemble ses modifications modifiée par la Loi n°007-2010/AN du 29 janvier 2010 portant Code des investissements du Burkina Faso

D'autres textes comme celui de la Côte d'Ivoire prévoit des situations où les avantages conférés ne peuvent être accordés qu'aux investisseurs qui légalement ont le droit d'en bénéficier⁶⁰⁵.

250. Les avantages (pour l'investisseur étranger et local...) qui en bénéficient ne peuvent être fixé et/ou prorogés indéfiniment : « *Le délai de réalisation des investissements par les entreprises bénéficiant des avantages prévus par le présent Code est fixé à deux ans. Le promoteur, dont le projet ne connaît pas un début de réalisation dans le délai imparti perd de ce fait, le bénéfice des avantages fixés par l'arrêté d'agrément. Toutefois, il peut être accordé une seule prorogation d'un an, non renouvelable, à compter de la date d'expiration du délai d'agrément au promoteur qui justifie d'un début de réalisation de son projet d'au moins 66% du montant de l'investissement. L'Organisme national chargé de la promotion des investissements est saisi de la demande de prorogation dans un délai de trois mois avant l'expiration du délai de réalisation. La prorogation est accordée par décision de l'Organisme national chargé de la promotion des investissements.* »⁶⁰⁶. Contrairement à d'autres instruments juridiques, le code Malien apporte une innovation de taille avant toute installation d'un investisseur. En effet, dans cet instrument, il est pris en compte le facteur social et environnemental. Tous les projets d'investissements n'obtiennent pas leur quitus d'autorisation avant une étude en bonne et due forme des impacts sociaux et environnementaux. Ce texte souligne : « *Avant le début de tous travaux de réalisation, l'entreprise agréée est tenue de soumettre son projet à une étude d'impact environnemental et social sous peine de nullité de l'agrément conformément à la législation et à la réglementation en vigueur.* »⁶⁰⁷.

251. L'agrément, comme on le voit, est un instrument réglementaire crucial pour mesurer de l'attractivité d'un environnement réglementaire concernant l'accueil et le traitement des investissements étrangers. Dans la pratique, sa gestion par les autorités administratives est très souple et flexible. En effet, souvent, c'est la dernière phase avant le début des engagements convenus en matière d'investissements étrangers. Et souvent, les pays d'Afrique de l'Ouest-essentiellement importateurs de capitaux- font tout ce qui est possible au plan juridique pour faciliter des investissements sur leur territoire compte tenu des facteurs liés à la concurrence farouche entre États pour les accueillir. L'autre phase qui concerne la phase de production est la période d'exploitation de l'investissement.

⁶⁰⁵ Voir article 57 de l'Ordonnance N°2012-487 du 07 juin 2012 portant *Code des investissements* de la Côte d'Ivoire qui dispose : « *Le bénéfice des avantages conférés en application d'un régime d'incitation à l'investissement ne peut être étendue à une entreprise qui ne remplit pas les conditions requises pour en bénéficier...* »

⁶⁰⁶ Voir article 58 de l'Ordonnance relative au *Code des investissements* de la Côte d'Ivoire. D'autres instruments prévoient ces mêmes règles liées aux avantages comme celui du Mali où l'article 31 « Délai d'expiration » du Code dispose : « *Le délai de réalisation des entreprises agréées à ce Code est fixé à trois(3) ans. Le promoteur, dont le projet n'a pas connu un début de réalisation (génie civil, acquisition de matériel d'équipement) dans le délai imparti, perd automatiquement le bénéfice des avantages fixés par le texte d'agrément. Toutefois, il peut être accordé une prorogation de deux(2) ans au maximum à compter de la date d'expiration du délai d'agrément, au promoteur qui justifie un début de réalisation de son projet* »

⁶⁰⁷ Voir article 27 du *Code des investissements* du Mali op cit.

2) La période d'exploitation de l'investissement

252. Le programme d'investissement agréé nécessite encore l'octroi de certains avantages. En plus de ces avantages, il y a un délai qui lui est fixé légalement pour chaque catégorie d'investissement. Ainsi pour le *Code des investissements* du Bénin : « *La durée de la période d'exploitation est fixée comme suit pour tous les régimes :*

- cinq(5) années pour les investissements réalisés en zone 1 ;
- sept(7) années pour les investissements réalisés en zone 2 ;
- neuf(9) années pour les investissements réalisés en zone 3 »⁶⁰⁸.

Aussi durant cette phase, la politique des avantages octroyés et de la promotion continuent. Ces avantages sont de différentes natures : Selon la Loi sénégalaise portant *Code des investissements* : « *Pendant la phase de réalisation de l'investissement, les avantages douaniers couvrent une période de trois ans et consistent en une exonération des droits de douane à l'importation des produits et des matériaux qui ne sont ni produits ni fabriqués au Sénégal et qui sont destinés de manière spécifique à la production ou à l'exploitation dans le cadre du programme agréé...* »⁶⁰⁹.

253. Ici aussi, l'objectif développementaliste des pays est souvent mis en avant. En effet, il faut que durant la phase d'exécution de l'investissement, l'investisseur étranger bénéficiaire de l'agrément exerce en adéquation avec les objectifs économiques et sociaux du pays d'implantation : « *Les entreprises bénéficiaires d'un régime privilégié sont tenues : - d'acquérir un matériel performant, de recourir aux procédés techniques les mieux adaptés et de maintenir l'exploitation dans des conditions optimales de productivité ; - de fournir aux autorités compétentes des informations jugées utiles par elles ; - de tenir leur comptabilité au Burkina Faso conformément au plan comptable en vigueur sauf dérogation expresses prévues par les textes en vigueur ; - d'employer en priorité les nationaux et de réaliser des actions de formation professionnelle à tous les niveaux ; - d'utiliser en priorité, à qualité égale et à prix égal les services des entreprises de prestation régulièrement établies au Burkina Faso ; - de protéger l'environnement par la mise en œuvre des procédés et appareils techniques estimés suffisants par les services compétents ; - de se conformer aux règles d'hygiène et de sécurité et aux normes définies par les textes en vigueur* ». ⁶¹⁰.

254. De même, il est prévu que le régime d'agrément soit non renouvelable⁶¹¹. Notons une innovation dans le Code du Niger qui va jusqu'à exiger à un investisseur étranger de

⁶⁰⁸Voir article 21 de la Loi n° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des investissements du Bénin

⁶⁰⁹Voir article 18 « *Avantages particuliers accordés à l'investisseur pendant la phase de réalisation de l'investissement* » de la Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal

⁶¹⁰Voir l'article 20 de la Loi n°62-95 ADP du 14/12/1995, ensemble ses modificatifs Modifiée par la Loi n°007-2010/AN du 29 janvier 2010

⁶¹¹Voir l'article 25 du *Code des investissements* du Niger : « *Lorsqu'une entreprise agréée pour une activité donnée, à l'un des régimes privilégiés du présent code des investissements, cesse d'exercer après l'expiration de la durée de son agrément, ses promoteurs ne peuvent, ni individuellement, ni collectivement, prétendre au*

rembourser les avantages liés à l'exonération de l'impôt pour avoir cessé ses activités avant le terme de l'agrément. L'article 26 du Code du Niger le rappelle explicitement ainsi : « *Toute entreprise ayant bénéficié d'un régime d'agrément et qui cesse d'exercer ses activités à la fin de la durée de l'agrément sera tenue de rembourser les montants des impôts non dus du fait de ce régime, si la cessation des activités résulte de manœuvre frauduleuses* ⁶¹² ». Les investisseurs étrangers ne bénéficient pas seulement d'avantages liés à leur statut, ils ont aussi des obligations de diverses natures vis-à-vis du pays d'implantations de leurs activités.

C : Les obligations et les sanctions pour les investisseurs agréés

255. C'est un aspect extrêmement important pour mesurer la qualité de l'environnement des investissements dans les pays en développement en général et ouest africains en particulier. Il est prévu dans les textes relatifs aux investissements les obligations de l'investisseur agréé (1). Il y a aussi les sanctions qui sont prévues en cas de manquement de la part de l'investisseur (2).

1) Les obligations de l'investisseur agréé

256. Le droit international des investissements demeure toujours marqué par un déséquilibre manifeste de ces règles⁶¹³. Les pays d'Afrique de l'ouest sont confrontés à plusieurs dilemmes : d'une part, ils cherchent à créer un environnement juridique attractif, prévisible et protecteur et d'autre part, ces États n'hésitent pas à user de leurs prérogatives souveraines pour réguler les investissements directs étrangers dans un sens favorable aux objectifs de développement économique et social local -en prévoyant des obligations pour l'investisseur étranger-. Parmi ces obligations, il y a une double volonté demandée aux investisseurs- en ce qui concerne la participation aux objectifs de développement- d'être en conformité avec les textes législatifs et réglementaires de référence. L'article 18 du Code nigérien en dispose ainsi : « *Les personnes physiques ou morales qui sollicitent le bénéfice d'un régime privilégié doivent s'engager à :*

- *Employer en priorité les compétences nationales disponibles sur le marché du travail et présenter un cahier de charges portant sur les dispositions prises pour préparer un nigérien à la relève du travailleur étranger au tenue de la durée du visa fixé par voie réglementaire ;*

bénéfice d'agrément similaires sur d'autres projets nouveaux ^poursuivant le même objet et s'adressant pour l'essentiel à la même clientèle ». Article. 25 de la Loi n° 2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements du Niger.

⁶¹²Voir article 26 ibid.

⁶¹³Voir Thomas W. Walde « Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie », éd. A. Pedone-Paris, 2004 p.26 ; voir Ioannis Prejas « Standards internationaux de protection des investissements étranger et abus de droit de l'Etat hôte » pp.195-222 in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées » SD de Sabrina R-Cuendet Préface de B.Stern Bruxelles, éd. Bruylant-, 2017

- *Utiliser en priorité les matériaux, matières premières, produits et services d'origine nigérienne ;*
- *Se conformer aux normes de qualité nationale ou internationale applicables au Niger aux produits ou services résultant de leur activité ou utilisé dans le cadre de leur activité ;*
- *Fournir toutes information devant permettre de contrôler le respect des conditions de l'agrément ;*
- *S'acquitter des droits et taxes telles que définis par le Code des Douanes, des équipements, matériels, matériaux et outillages acquis en exonération de droits et taxes en cas de cession ou de transfert de ceux-ci. La cession partielle ou totale des actifs de l'entreprise agréée doit au préalable requérir l'accord du Ministre chargé de l'industrie et du Ministre chargé des Finances »⁶¹⁴.*

257. La notion d'investisseurs agréés signifie dans le régime juridique que l'investisseur- outre les avantages reçus- doit participer aux efforts de développement du pays d'accueil. En effet, c'est une armada d'obligations qu'il est tenu de respecter. Il en va du respect du programme d'investissements agréés.⁶¹⁵ Dans le contexte de ces pays d'Afrique- essentiellement importateurs de capitaux- l'administration détient beaucoup de prérogatives en matière d'appréciation des investissements étrangers. Surtout en aval de l'implantation, l'investisseur se voit dans l'obligation de notifier aux administrations compétentes du pays d'accueil l'ensemble des pratiques liées à ses activités. Parmi les différentes obligations auxquelles, les investisseurs sont soumis, l'obligation d'informations est la plus citée et réaffirmée. Selon l'article 15 de la Loi nigérienne relative aux investissements étrangers : *« Tout investisseur est tenu au respect des obligations générales suivantes : -fournir toutes les informations devant permettre de contrôler le respect de l'agrément et dans les délais prévus dans l'acte d'agrément ; -informer l'autorité compétente du niveau de réalisation du projet et dans les délais prévus dans l'acte d'agrément ; -déclarer à l'autorité compétente, la date de démarrage de l'activité pour laquelle son programme a été agréé et de déposer un récapitulatif des investissement réalisés ; - fournir toute information jugée nécessaire, pour un*

⁶¹⁴Voir article 18 du Code des investissements du Niger op. cit.

⁶¹⁵Voir article 29 de la loi N° 90-002 du 09 mai 1990 portant Code des investissements du Benin, ce dernier dispose : *« L'entreprise agréée doit notifier au président de la Commission de contrôle des investissements, l'achèvement du programme d'investissement. La date d'achèvement fait l'objet d'un arrêté du Président de la Commission technique des investissements qui devront au préalable vérifier que l'unité est effectivement prête à entrer en production ou en exploitation. »*. Un autre texte comme le Code du Mali en son article 28 al 2 en dispose ainsi : *« En outre, les entreprises agréées doivent pendant la durée du régime sous lequel elles sont placées : respecter strictement les programmes d'investissement et activités agréés ; être préalablement autorisées par la structure chargée d'octroyer l'agrément avant de procéder à toute modification des programmes d'investissement et activités agréés ; se conformer aux règlements techniques et normes de qualité applicables aux biens et services, objet de leurs activités ; respecter la réglementation et les procédures légales de création d'emploi .*

contrôle de ses obligations découlant du présent Code »⁶¹⁶. La notion d'obligations et d'avantages a largement structurée les différents instruments juridiques relatifs à la protection des investissements directs étrangers en Afrique de l'ouest. Ces différentes obligations inscrites dans les textes prévoient des sanctions aux éventuels investisseurs contrevenant en cas de manquement de l'agrément qui leur est octroyé.

2) Les sanctions prévues en cas de manquement

258. Dans les cas où un investissement étranger ne respecte pas l'agrément qui lui a été octroyé, l'administration compétente a deux possibilités autorisées par la loi : l'avertissement (a) et qui peut aller jusqu'au retrait total de l'agrément (b).

a- L'avertissement

259. Le contrôle a posteriori de l'investissement étranger est une donnée fondamentale de l'environnement juridique des affaires en Afrique de l'ouest. Les investisseurs étrangers sont tenus d'observer rigoureusement les avantages et obligations liés au privilège qu'octroie l'agrément. Beaucoup de textes prévoient des cas et des situations où la procédure peut revenir sur cet avantage et procéder purement et simplement à sa suspension. Dans un pays comme le Sénégal, « *Le non-respect d'une seule des conditions d'octroi d'un régime privilégié entraîne la suspension des avantages particuliers correspondants pour l'année fiscale au cours de laquelle la condition n'est pas remplie* »⁶¹⁷. Le régime de sanction pour le respect de l'agrément obéit à une procédure marquée par plusieurs phases et rigoureusement organisée par les textes. Cela va de la mise en demeure d'explication à l'octroi d'un délai de grâce afin de permettre à l'investisseur étranger de mettre fin à la situation inappropriée créée par ses agissements.

260. Ces différents cas et situations sont prévus par les régimes juridiques en Côte d'Ivoire et au Mali. L'article 59 de la Loi sur les investissements de la Côte d'Ivoire dispose : qu' « *En cas de non-respect par les investisseurs des engagements et textes en vigueur en phase d'investissement ou d'exploitation, le bénéfice des avantages peut être retiré selon la procédure suivante ; si trois mois après une mise en demeure écrite, adressée au bénéficiaire de l'agrément par l'Organisme national chargé de la promotion des investissements, toutes les dispositions n'ont pas été prises pour régulariser la situation constatée...* »⁶¹⁸. Le Code d'un pays comme le Niger est rédigé à peu près identique à celui ivoirien. Il prévoit un régime de sanctions pour l'investisseur bénéficiaire de l'agrément qui va à l'encontre de la loi : « *En cas de non-respect des engagements pris par l'entreprise, la mesure suivante sera prise à son encontre : La suspension de l'agrément si trois(3) mois après une mise en demeure écrite, aucune disposition n'est prise par l'entreprise agréée pour régulariser la situation* »⁶¹⁹. Il

⁶¹⁶Voir Article 15 chapitre II « *Des Obligations* » de la Loi n° 2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements du Niger

⁶¹⁷Voir article 24 « *Sanctions pour non-respect des conditions d'agrément* » de la Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal

⁶¹⁸Voir l'article 59 de l'Ordonnance relative aux investissements de la Côte d'Ivoire op. cit.

⁶¹⁹Voir l'article 22 du Code des investissements du Niger op. cit. Selon le Code du Bénin, l'article 70 dispose : « *En cas de violation grave ou réitérée ou en cas de non réalisation du programme d'investissement*

existe des cas où l'avertissement n'est pas nécessaire. Ce sont ceux où il n'y a pas un début d'exécution du programme d'investissement. Dans ce cas, le bénéficiaire perd automatiquement tous les avantages liés à l'agrément : « *Le promoteur dont le projet n'a pas connu un début de réalisation dans le délai imparti de trois ans prévu à l'article 21 perd automatiquement le bénéfice des avantages fixés par l'arrêté d'agrément ; notification lui est faite par arrêté du Ministre chargé de l'industrie* ». ⁶²⁰La seconde phase de la procédure est la plus extrême, puisque c'est celle qui aboutit à un retrait total et une perte de tous les bénéfices liés à l'agrément.

b- Le retrait total de l'agrément et ses conséquences

261. L'adage qui dit qui peut le plus peut le moins aussi est parfaitement justifié ici. Le retrait total n'intervient pas ex nihilo, il fait l'objet d'une procédure rigoureusement encadrée et n'intervient qu'en cas de manquement grave de la part de l'investisseur ou des investisseurs étranger(s). C'est une procédure exceptionnelle qui peut conduire l'Etat en cas de contestation devant la juridiction interne ou même à l'arbitrage. Selon le *Code du Niger*, qui le détaille, le retrait intervient dans trois conditions : « la non régularisation de la situation après suspension ; le non réalisation du programme d'investissement dans le délai de 36 mois et la commission d'une faute grave ». L'article 22 de la Loi nigérienne le détaille explicitement : « le retrait de l'agrément intervient :

- a) *Si dans un délai de six mois(6) mois à compter de la date de suspension de l'agrément, l'entreprise ne régularise pas sa situation ;*
- b) *Si l'entreprise n'a pas réalisé son programme d'investissement dans un délai de trente-six(36) mois pour le régime promotionnel et dans un délai de trente-six(36) mois pour le régime conventionnel ;*
- c) *Sur proposition du Guichet Unique de gestion du Code des investissements, en cas de fraude ou de manquement grave ou intentionnel de l'entreprise aux obligations qui lui incombent, constaté par le Guichet Unique de gestion du Code des investissements ou notifié par les services compétents. Dans ce cas, le retrait entraîne le remboursement au Trésor public, du montant des avantages fiscaux et douaniers obtenus pendant la période écoulée conformément aux dispositions du*

constatée après l'expiration de la période d'installation, le bénéfice du régime privilégié peut être retiré à l'entreprise agréée selon la procédure ci-après :

- 1- *Le président de la Commission technique des investissements met l'entreprise en demeure de prendre les mesures nécessaires pour se mettre en règle vis-à-vis des engagements pris dans le cadre des dispositions de la présente Loi.*
- 2- *Si dans un délai de trente(30) jours à compter de la date de réception de la mise en demeure, l'entreprise ne se manifeste pas ou ne s'exécute pas, le président de la Commission technique des investissements, sur rapport du Président de la CCI propose au Gouvernement le retrait de l'agrément », op. cit.*

⁶²⁰ Voir article 22 de la Loi n°62-95 ADP du 14/12/1995 modifiée par la Loi n°007-2010 du 29 janvier 2010 portant Code des investissements du Burkina

*Code Général des Impôts et du Code des Douanes. La suspension ou le retrait de l'agrément est prononcé dans les mêmes formes que son octroi ».*⁶²¹

262. La commission d'une faute lourde peut accélérer le retrait de l'agrément même sans délai, et c'est ce que dispose l'article 59 : *« en cas de fraude ou de manquement grave de l'entreprise à ses obligations, constatés par l'Organisme national chargé de la promotion des investissements. La décision de retrait peut intervenir sans délai et entraîner le remboursement au Trésor Public du montant des avantages fiscaux et douaniers obtenus pendant la période écoulée depuis la date de l'agrément jusqu'à la date d'effet du retrait »*⁶²². Le retrait de l'agrément, prérogative de l'administration, entraîne comme conséquence la perte de tous les avantages et exonérations octroyés à l'investisseur. Plusieurs textes insistent sur ce point. Il est évoqué ainsi par le régime juridique des investissements au Sénégal : *« Le retrait de l'agrément, une fois prononcé, rend immédiatement exigible le paiement des droits de douanes, de l'impôt et taxes auxquels l'investisseur avait été soustrait, du fait de l'agrément, sans préjudice d'éventuelles poursuites judiciaires et sanctions encourues »*.⁶²³

263. Toutefois, l'investisseur étranger- sans doute pour éviter l'arbitraire administratif- n'est pas pour autant définitivement lésé dans la mesure où la procédure prévoit un recours en cas de contestation. Dans ce cas, l'investisseur est obligé d'exercer ce droit de recours dans les délais et ce dernier n'est pas suspensif des effets de la mesure administrative⁶²⁴. Au Sénégal, le caractère suspensif du retrait porte la marque d'une souveraineté judiciaire. En effet, ce dernier ne suspend la mesure incriminée que quand il a été introduit en bonne et due forme devant les juridictions sénégalaises compétentes : *« Le recours contre une décision de retrait n'est suspensif que si ce recours est introduit auprès des juridictions sénégalaises compétentes, dans un délai de soixante jours, au plus tard à compter de la date de notification du retrait »*⁶²⁵. Les « Codes nationaux » examinés demeurent l'instrument majeur du cadre juridique interne relatif aux investissements étrangers. La protection des investissements étrangers est une pratique marquée par la recherche constante de l'amélioration des cadres juridiques internes pour la recherche d'une plus grande sécurisation.

Section 2 : La recherche substantielle de sécurisation juridique des investissements étrangers à travers les codes

264. Le droit international des investissements étrangers est marqué par une recherche sans cesse continue de « l'équilibre »⁶²⁶. L'équilibre qui est recherché ici, c'est celui des droits et

⁶²¹ Voir article 22 du *Code des investissements* du Niger op. cit.

⁶²² Voir article 59 de l'Ordonnance relative aux *Codes des investissements* de la Côte d'Ivoire

⁶²³ Voir article 23 al 2 de la Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant *Code des investissements* du Sénégal op. cit. p.39

⁶²⁴ Voir l'article 33 de la Loi n°2012-016 du 27 février portant *Code des investissements* du Mali « *Le recours contre une décision de retrait n'est pas suspensif. Il doit être fait à peine de forclusion dans un délai de soixante(60) jours à compter de la date de notification du retrait* »

⁶²⁵ Voir article 28 de la Loi 2004-04 du 6 février 2004 portant *Code des investissements* du Sénégal

⁶²⁶ Cette tentative équilibrante des rapports entre les États et les investisseurs étrangers est évoquée par la doctrine notamment Sébastien Manciaux qui invite à revoir certaines clauses. Il souligne prenant, non pas l'Afrique de l'ouest, mais l'aire méditerranéenne : « *Certaines clauses traditionnellement-ou au moins souvent-*

devoirs entre les différents acteurs. Dans le contexte des pays d'Afrique, marqué par une recherche constante de capitaux extérieurs pour compléter les efforts de développement, la notion d'équilibre des obligations et des avantages n'est pas un vain mot ni un vœu pieux. Le cadre juridique – toujours à la recherche d'une plus grande attractivité – est marqué par la mise en place d'« *obligations réciproques* » des États vis-à-vis des investisseurs étrangers et réciproquement (§1). Le cadre juridique aussi se distingue par l'octroi de larges avantages fiscaux pour la facilité de l'implantation d'entreprises étrangères. (§2). Enfin il y aura les critiques et insuffisances du régime de protection instauré par les Codes devraient être entendues (§3).

U- Paragraphe 1 : Les obligations juridiques impliquées par l'investissement agréé
265. Il s'agit des obligations pesant sur l'Etat d'accueil quant à l'investisseur qu'il a agréé(A) et les obligations de l'investisseur agréé vis-à-vis de l'Etat d'accueil(B).

A : Les obligations de protection par l'Etat d'accueil des IDE agréés

266. Les pays qui ont choisi d'accorder un traitement privilégié de l'investissement international doivent lui donner des garanties de haut niveau en matière de protection. Cela va du nécessaire respect du droit de propriété (1), de la garantie de la disponibilité en devise (2), la liberté de transfert des capitaux (3) et à la garantie contre les discriminations (4).

1) Le respect du droit de propriété : restriction des nationalisations

267. La protection des investissements étrangers dans les pays en développement et singulièrement ceux d'Afrique de l'ouest s'inscrit dans un contexte tout à fait nouveau où les États ont adhéré à la politique d'ouverture, de traitement favorable, d'accueil aux investissements et capitaux étrangers- en prenant le contre-pied de l'époque et du souvenir relatifs au *nouvel Ordre économique international*(NOEI)⁶²⁷. L'essence de tout

présentes dans les traités d'investissement sont à écarter ou à utiliser avec précaution afin de conserver au traité au traité méditerranéen sur les investissements le caractère particulier que l'on cherche à lui donner, marqué par la recherche d'une meilleure adéquation entre la protection des droits des investisseurs étrangers et la préservation des droits souverains des États récepteurs d'investissement. » Voir Manciaux S. « Quelles règles pour un droit méditerranéen des investissements ? vision prospective » pp.31-50 in *Vers une lex mediterranea des investissements* Sd de Filali Osman Bruxelles, éd. Bruylant 2016 p.45

⁶²⁷ Une époque marquée **sur le plan politique et diplomatique** par une revendication sans précédent des pays en développement et du Sud de l'instauration des relations d'échanges commerciaux beaucoup plus équitables et accompagnés d'un transfert de technologie et de la Souveraineté pleine et entière sur les Ressources et richesses naturelles. **Sur le plan juridique et institutionnel** : (pratiques records de nationalisation d'investissement dans le Tiers-monde, avec pas mal de textes progressistes qui ont été adoptés : (*Résolution 1803(XVIII)* « *Souveraineté Permanente sur les Ressources Naturelles* » adoptée le 14 décembre 1962) ; *Résolution 3201*, « *Déclaration concernant l'instauration d'un Nouvel Ordre économique International(NOEI)* » adoptée le 1^{er} mai 1974 par consensus ; *Résolution 3281(XXIX)*, « *Charte des droits et devoirs économiques des États* » Adoptée le 14 décembre 1974 ; *Résolution 41/ 128* , « *Déclaration sur le droit au développement* » Adoptée le 4 décembre 1986 Mais qui se sont révélés peu efficaces dans l'instauration des relations de confiance au plan économique (commerce et investissement) entre le Nord industrialisé et le Sud (sous développé et en retard technologique). Voir aussi la doctrine internationaliste George Abi-Saab « *La Souveraineté Permanente sur les Ressources Naturelles* » pp.639-661 in « *Droit international Bilan et perspectives* » Tome 2 SD de Mohamed Bedjaoui, éd. A. Pedone-Unesco, Paris, 1991 ; Decaux E., « *La forme et la fore obligatoire des codes de bonne*

investissement étranger est le traitement réservé au droit de propriété et à la place réservée à la propriété privée. Par conséquent, ces pays rassurent les investisseurs étrangers en accordant une importance majeure au respect du droit de propriété : « *Dans les conditions prévues par les lois et règlements applicables, la propriété privée de tous biens, mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels, est protégée, en tous ses aspects juridiques et commerciaux, ses éléments et ses démembrements, sa transmission et les contrats dont elle fait l'objet* »⁶²⁸. 244. Hormis le cas réglementé des mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique - qui peuvent frapper aussi bien les personnes physiques et morales nationales et/ou étrangères - les nationalisations d'actifs étrangers sont « interdites ». Elles sont rigoureusement encadrées et sont précédées d'une juste et préalable indemnisation : « *Toute entreprise est garantie contre les mesures de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition par l'Etat togolais sur toute l'étendue du territoire national. Les mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique constatées dans les conditions prévues par la loi devront prévoir une juste et préalable indemnisation de l'investisseur, dont le montant sera déterminé, à dire d'expert, selon les règles et pratiques habituelles du droit international* »⁶²⁹. Ces pays sont marqués par une rivalité d'ardeur qui consiste à voir celui qui va octroyer la meilleure protection possible aux investisseurs. Par conséquent- en matière de garanties, libertés et de droits- les pays d'accueil s'efforcent d'avoir des législations et des pratiques en conformité avec les standards internationaux de protection.

268. Cette répulsion des nationalisations est soulignée aussi par une autre loi notamment nigérienne qui rassure à sa manière : « *L'entreprise est garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition sur toute l'étendue du territoire national, sauf pour cause d'utilité publique. Le cas échéant, l'entreprise bénéficiera d'une juste et préalable indemnisation* ». ⁶³⁰D'autres législations en matière d'investissement formulent l'interdiction des nationalisations avec des formulations qui en disent long sur la sécurité et la garantie des investissements étrangers : « *Aucun investisseur ne peut être privé de la propriété de ses investissements si ce n'est pour cause d'utilité publique et sous la condition d'une juste et préalable indemnisation* »⁶³¹. De peur que cela fasse fuir les investisseurs installés, ou potentiels ou dégrade carrément l'environnement sécuritaire du pays en question, la nationalisation, même si elle se justifierait au plan technique et temporaire, n'est plus pratiquée. L'interdiction ou l'encadrement strict des nationalisations d'investissements étrangers n'est que la suite logique des cadres juridiques qui entendent faire de la sécurité des

conduite », A.F.D.I., 1983 pp.81-97 ; Mohammed A. Bekhechi « *Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents* » pp.109-124 in « *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement* » Mélanges Michel Virally éd. Pedone, Paris, 1990

⁶²⁸ Voir article 4 « *Garanties et protections de la propriété* » du *Code des investissements* du Sénégal op. cit.

⁶²⁹ Voir article 7 section 5 « *De la protection des investissements par l'Etat* » de la Loi n°2012-001 du 20 janvier 2012 portant *Code des investissements* du Togo

⁶³⁰ Voir article 6 de la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant *Code des investissements* du Niger

⁶³¹ Voir Article 16 de l'Ordonnance n°2012 -487 du 07 juin 2012 portant *Code des investissements* de la Côte d'Ivoire

investissements une option irréversible surtout en matière de disponibilités de devises étrangères.

2) La garantie de disponibilité en devises

269. Cette donnée est une problématique majeure dans les pays en développement et ceux d'Afrique de l'ouest en particulier. La zone ouest africaine a une monnaie commune le Franc CFA, créant un régime particulier avec la France⁶³² et d'autres monnaies nationales. **La caractéristique de tous ces instruments de paiement, c'est le non convertibilité, la rigidité des banques centrales quant à la conversion des devises en monnaie nationale et la monnaie nationale en devises étrangères.** Ainsi pour éviter la fuite des capitaux, les règles relatives à la détention, conversion et transfert de devises sont strictement réglementées dans ces pays⁶³³. Ces règles relatives à la stabilité et à la disponibilité des changes sont organisées par les statuts du FMI⁶³⁴. Dans les transactions liées à l'investissement international, les entreprises étrangères s'implantant dans les pays d'Afrique de l'ouest ont besoin de la disponibilité de devises et à son accès pour pouvoir démarrer leurs activités. Cette nécessité sans discrimination entre investisseurs étrangers ou entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux a été soulignée par le régime juridique des investissements d'un pays comme la Côte d'Ivoire : *« L'accès aux devises n'est pas limité. Aucune restriction ne peut être faite aux investisseurs pour l'obtention de devises nécessaires à leurs activités. Les investisseurs, à condition de respecter la réglementation des changes, ont libre accès aux devises, pour notamment :*

-assurer les paiements courants ;

*-financer leurs fournitures et prestations diverses de services réalisées avec des personnes physiques ou morales étrangères ».*⁶³⁵ Les pays d'Afrique de l'ouest, comme la Guinée, ont

⁶³² Le Franc des Colonies Françaises d'Afrique est une monnaie commune de 14 pays d'Afrique de l'ouest, (pays de la Zone l'UEMOA) centrale (pays de la zone CEMAC) et des Iles Comores. C'est une zone monétaire où la « *Coopération monétaire* » avec la France (Trésor) « *tourne autour de quatre principes fondateurs : -La liberté absolue des transferts courantes ou de mouvements de capitaux. ; -la convertibilité des monnaies nationales est illimitée sur la base d'une parité fixe avec une monnaie de référence(autrefois le franc français, aujourd'hui l'euro) mais ajustable ; - les réserves de change des pays membres sont centralisées à hauteur de 50% des avoirs des banques centrales dans un compte courant, appelé compte d'opérations ouvert au près du Trésor français. »* Voir (P.) Jacquemot « *L'Afrique des possibles Les défis de l'émergence* », éd. Karthala, 2016 p.279 ; voir sur le Franc CFA http://www.tresor.economie.gouv.fr/8047_40-ans-d-histoire-de-la-zone-franc. Voir aussi (H.) Gerardin, « *La Zone Franc Histoire et Institutions* », Tome 1 éd. L'harmattan Paris, 1989 p.55

⁶³³ Voir (Fr.) Giantivi « *Stabilité et manipulation des taux de change* » pp.113-139 in *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle En hommage aux professeurs D. Carreau & P. Juillard*, éd.A. Pedone-Paris-2009 p.124

⁶³⁴ Voir Article I « *Buts* » des *Statuts du FMI* (Bretton Woods New Hampshire) le 22 juillet 1944, entrés en vigueur le 27 décembre 1945 dispose à ce propos dans ces alinéas. III et IV: « *Les buts du FMI sont les suivants : iii) Promouvoir la stabilité des changes, maintenir entre les États membres des régimes de change ordonnés et éviter les dépréciations concurrentielles des changes. IV) Aider à établir un système multilatéral de règlement des transactions de change qui entravent le développement du commerce international* »

⁶³⁵ Voir article 8 de l'*Ordonnance n° 2012-487* du 07 juin 2012 portant *Code des investissements* de la Côte d'Ivoire op. cit. Le Code du Sénégal dans son article 5 « *Garantie de disponibilités de devises* » le souligne aussi et dispose : « *L'obtention de devises nécessaires aux activités des entreprises n'est pas limitée au sein du*

choisi des pratiques qui consistent à ne pas restreindre l'accès de devises aux investisseurs étrangers⁶³⁶.

270. Toutefois, malgré cette consécration textuelle, dans la pratique, il arrive souvent qu'il y'ait pénurie de devises- dans la mesure où les devises en monnaie étrangère dépendent de la bonne santé de l'économie et son dynamisme en matière d'exportation. Ce qui n'est pas le cas de la part des pays d'Afrique de l'ouest. Cette volonté libérale d'accès aux devises dans la protection investissements pousse les États de la zone à consacrer également certes, avec des nuances- le principe de libre rapatriement des capitaux et des bénéfices.

3) La liberté en matière de transfert de capitaux et de bénéfices

271. En la matière en Afrique de l'ouest, le principe c'est la liberté de transfert consacrée dans les textes (a) avec des conditionnalités apportées au principe par certains pays (b).

a- Une consécration textuelle dans tous les pays

272. Les restrictions de capitaux et de bénéfices se sont vues dans le passé apportées beaucoup de restrictions dues à une certaine hostilité des investissements étrangers dans certains pays en développement, comme celles consacrant la notion de « bénéfices excessif⁶³⁷. L'investissement international dans les pays en développement et ouest africains en particulier quant à l'accueil, la protection et le traitement- fait l'objet d'études par l'OCDE⁶³⁸, de classement par la Banque Mondiale⁶³⁹ et de ses rapports⁶⁴⁰ mettant en exergue les pays où ils

Sénégal. L'entreprise a, par conséquent, la garantie qu'aucune restriction ne peut lui être faite, pour ses besoins en devises, notamment pour : .assurer ses paiements normaux et courants ; . Financer ses fournitures et prestations diverses de services, notamment celles réalisées avec les personnes physiques ou morales, hors du Sénégal »

⁶³⁶ Voir article 19 du Code des investissements de la Guinée al3 « *les investisseurs, à condition de respecter la réglementation des changes, ont un accès libre et illimité aux devises* »

⁶³⁷ Voir la notion de « *bénéfice excessif* » qui consiste à taxer une partie des bénéfices et/ou refuser le transfert de certaines devises relatives aux bénéfices développés par une entreprise étrangère au Chili. Il a été développé au Chili sous la présidence de Salvador Allende et son parti l'Unité Populaire (4 novembre 1970-11 septembre 1973) Une présidence marquée par la « *nationalisation de l'industrie du cuivre* » par la « *Loi 17.450, votée à l'unanimité par le Congrès le 16 juillet 1971* » et sa chute par un coup d'état militaire amenant au pouvoir le Général Augusto Pinochet Voir (A.) Artigas « *La régulation du secteur du Lithium au Chili : d'une matrice traditionnellement d'exportations à la constitution d'un secteur stratégique* » pp.435-469 in « *L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* » SD de M. Arés et E. Boulanger éd. Bruylant, 2012 p.442

⁶³⁸ Les études sectorielles sont faites pour analyser le dynamisme et l'environnement de l'investissement d'un pays à travers « *l'examen de politique d'investissement* » : voir CNUCED, « *examen de la politique Burkina Faso, 2009* » l'adresse de l'étude : <http://unctad.org/fr/pages/publications/Invesment-Policy-Review-%28Series%29.aspx>

⁶³⁹ La Banque Mondiale a instauré un instrument de mesure de la performances des réglementations relatives à l'environnement des affaires des pays membres depuis 2004(*DB 2004*) voir Groupe de la Banque Mondiale Doing Business 2017, 14^e édition- Comparaison des réglementations s'appliquant aux entreprises locales dans 190 économies « *égalité des chances pour tous* » consultable sur : français.doingbusiness.org/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/Foreign/DB17-Mini-Book-French.pdf 60p.

⁶⁴⁰ Voir un rapport annuel très prisé par tout observateur de l'évolution et des tendances de l'investissement international N-U New York, Genève, 2017 Rapport sur l'investissement dans le monde 2017 « *L'investissement et l'économie numérique* » Repères et vue d'ensemble 66 p. www.unctad.org/frPublicationslibrary/wir2017_overview_fr.pdf

sont mieux sécurisés juridiquement. Dans cette perspective, la liberté de transfert de devises et d'éventuels bénéfices constitue la pierre angulaire de la protection juridique de l'investissement. Cette liberté de transfert pour l'investisseur des revenus de l'investissement est même étendue aux associés : « *L'Etat garantit à l'entreprise la liberté de transférer les revenus ou les produits de toute nature résultant de son exploitation, de toute cession d'éléments d'actifs ou de sa liquidation,...* La même garantie s'étend aux investisseurs, aux entrepreneurs aux associés, aux personnes physiques ou morales, non ressortissants du Niger, en ce qui concerne leurs parts de bénéfices, le produit de la vente de leurs droits d'associés, la reprise d'apports en nature, leur part de partage du bonus après liquidation »⁶⁴¹.

273. Le droit de transfert sans aucune forme d'autorisation est consacré. Il est aussi reconnu légalement à ces derniers de céder les actions détenues sous réserve d'en informer le premier argentier du pays en l'occurrence le Ministre en charge des finances. Ainsi en Guinée « *Il est reconnu aux investisseurs le droit de céder librement leurs actions, parts sociales, fonds de commerce ou d'actifs, parts de boni de liquidation et indemnités d'expropriation sous réserve de déclaration préalable auprès du ministère en charge des finances* »⁶⁴². Ce transfert est conçu comme un juste retour d'une mise de départ et qu'il est par conséquent légitime de transférer. C'est tout le sens de l'article 14 du Code Burkinabè : « *Le droit de transfert des capitaux et de leurs revenus est garanti aux personnes physiques ou morales étrangères qui effectuent au Burkina un investissement financé par un apport de devises* »⁶⁴³. La liberté de transfert ne subit d'aucune restriction quant à son utilisation interne dans les pays d'Afrique de l'ouest. En effet, sous risque d'entraver un traitement juridique favorable aux investissements internationaux les pays de la sous-région consacrent un « déséquilibre de bénéfice » qui bénéficie avant tout à l'investisseur étranger. Ce dernier a le loisir de transférer les richesses créées et obtenues grâce à son implantation sur un marché local. En lieu et place de l'adoption d'un « transfert conditionné » qui consiste à réserver un traitement fiscal privilégié aux revenus réinvestis sur place, certains pays apportent une conditionnalité liée à la fiscalité.

b- Une pratique conditionnée en Côte d'Ivoire

274. En droit monétaire international, le principe est la liberté de transfert des changes et des bénéfices aucune restriction n'est prévue que sous réserve du respect des lois et règlements. Cette exception liée au contrôle des transferts de capitaux est prévue et reconnue aux États par les Statuts du FMI. Cet instrument juridique conventionnel multilatéral dispose : « *Les États membres peuvent prendre des mesures de contrôle nécessaire pour*

⁶⁴¹ Voir article 8 de la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements du Niger. Ce texte ajoute dans son article 10: « *L'Etat garantit la liberté de transférer tout ou partie de sa rémunération, quels qu'en soient la nature juridique et le montant exprimé en monnaie locale ou en devises, à tout membre du personnel d'une entreprise, ressortissant d'un État tiers et pouvant justifier, au besoin, de la régularité de son séjour au Niger et sous réserve de réciprocité* »

⁶⁴² Voir article 18 de la Loi L/2015/N° 008 du 25 mai 2015 portant Code des investissements de la Guinée.

⁶⁴³ Voir article 14 du Code des investissements du Burkina Faso précité.

réglementer les mouvements internationaux de capitaux, mais aucun État membre ne peut appliquer lesdites mesures de contrôle de manière qui aurait pour effet de restreindre les paiements au titre des transactions courantes ou de retarder indument les transferts de fonds effectués pour le règlement d'engagements pris, sauf dans les conditions prévues à la section 3 »⁶⁴⁴. Ce principe de liberté en matière de transfert n'a rarement eu de conditionnalités ou d'exception dans la plupart des cadres juridiques relatifs aux investissements internationaux. Parce qu'il a toujours été considéré comme une disposition hautement sécuritaire et une pratique centrales pour l'attractivité aux investissements étrangers⁶⁴⁵.

275. Il a toujours été considéré comme un moyen d'atténuer, de prévenir le risque-pays en matière d'investissement étranger. A la faveur de l'évolution du pouvoir réglementaire des États et de la nécessité d'équilibrer les rapports et les intérêts entre acteurs, certains États sont résolus à y apporter des nuances. C'est ainsi qu'un pays comme la Côte d'Ivoire prône le droit de le contrôler de vérifier sa conformité à certains enjeux de politique de développement. La notion de régularité fiscale est avancée du transfert est souligné : *« L'Etat de Côte d'Ivoire autorise les transferts d'actifs se rapportant aux investissements sous réserve de régularité fiscale »⁶⁴⁶*. Il peut même arriver pour les besoins liés à la nécessité de la protection de l'environnement et des créanciers et un ensemble de facteurs qu'il y ait interdiction de procéder à un transfert en bonne et due forme. L'article 17 du Code ivoirien des investissements en dispose ainsi : *« Toutefois, l'Etat de Côte d'Ivoire peut empêcher un transfert à travers l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses textes concernant :*

- la protection des droits des créanciers ;*
- la protection de l'environnement ;*
- les infractions pénales ;*
- les transferts de devises ou autres instruments monétaires ;*
- la mise en œuvre de titre exécutoire ;*
- l'exécution de jugements rendus à l'issue de procédures judiciaires ;*

-l'exécution de sentences arbitrales »⁶⁴⁷. La recherche constante de l'équilibre global des intérêts, qui est la marque des réglementations relatives aux investissements internationaux en Afrique de l'ouest, se traduit aussi par les différentes garanties juridiques accordées aux investisseurs étrangers contre les pratiques discriminatoires.

4) Les garanties contre les discriminations

⁶⁴⁴Voir art VI « Transferts de capitaux » section 3 « contrôle des transferts de capitaux » des Statuts du FMI

⁶⁴⁵ Voir (Fr.) Giantivi « Stabilité et manipulation des taux de change » ibid p. 131 précité p.45

⁶⁴⁶Voir article 17 de l'Ordonnance relative au Code des investissements de la Cote d'Ivoire

⁶⁴⁷Voir article 17 ibid. .

276. Dans la pratique des investissements internationaux, les États n'ont pas de comportement et de pratiques discriminatoires selon qu'on est un investisseur local, selon qu'on est un investisseur étranger ou selon la particularité ou le caractère stratégique des ressources ou de la technologie. Les pays d'Afrique de l'ouest ont fait le choix de l'ouverture et du traitement égalitaire entre locaux et étrangers en matière d'investissement : « *Les entreprises étrangères bénéficieront de la même protection que les entreprises burkinabè, en ce qui concerne les propriétés commerciales et la propriété intellectuelle* »⁶⁴⁸. D'autres pays apportent beaucoup de nuances au principe de non-discrimination en y intégrant la nécessité de la promotion du patronat local et de la prise en compte du tissu économique local : « *Sans préjudice de la politique nationale de promotion de l'entrepreneuriat national, les personnes physiques ou morales de nationalité étrangères reçoivent un traitement identique à celui accordé aux personnes physiques ou morales de nationalité ivoirienne. L'application du principe d'égalité de traitement se fait dans le respect des dispositions des traités et accords conclu par la République de Côte d'Ivoire* »⁶⁴⁹.

277. La garantie contre les discriminations demeure une pierre angulaire du droit international des investissements. Cette garantie recouvre un ensemble de principes et normes consacrés dans les textes internationaux⁶⁵⁰, théorisés par la doctrine internationaliste⁶⁵¹ et précisés par la jurisprudence des tribunaux arbitraux⁶⁵². Beaucoup de pays le pratique dans leurs législations mais sous réserve de réciprocité : « *Aucune entreprise régulièrement établie en République togolaise ne peut faire l'objet de discrimination en matière de lois et règlements régissant ses activités. Les investisseurs étrangers reçoivent un traitement identique à celui des personnes physiques ou morales togolaises, sous réserve de réciprocité et sans préjudice des mesures pouvant concerner l'ensemble des ressortissants étrangers ou résulter des traités ou accords dont la République togolaise est partie* ». ⁶⁵³

278. D'autres textes nationaux consacrent et proclament explicitement la non-discrimination faisant abstraction de la nationalité de l'investisseur. Le Code du Niger souligne que : « *Quelle que soit leur nationalité, les investisseurs reçoivent le même traitement eu égard aux droits et obligations découlant de la législation nigérienne et relatif à l'exercice de leurs activités* »⁶⁵⁴. Dans un pays comme le Sénégal -outre la consécration des principes relatifs à la non discrimination - les avantages vont jusqu'à permettre à l'investisseur étranger de soumissionner aux appels d'offres et marchés publics locaux : « *Les personnes physiques ou morales visées à l'article premier du présent Code peuvent, dans le cadre des lois en vigueur, acquérir tous les droits de toute nature en matière de propriété, de*

⁶⁴⁸Voir article 13 du Code des investissements du Burkina Faso

⁶⁴⁹Voir article 6 de l'Ordonnance relative aux Codes des investissements en Côte d'Ivoire précité.

⁶⁵⁰Voir « Les Principes Directeurs pour le traitement de l'investissement étranger » Banque Mondiale, 21 septembre 1992 A.F.D.I., 1992 p801-807

⁶⁵¹Voir (J.) Charpentier « De la non-discrimination dans les investissements », AFDI 1963 IX pp.35-63 ; Voir Arnaud De Nanteuil « Droit international de l'investissement » Ed. A. Pedone-Paris, 2014 p.344

⁶⁵²Lors qu'une expropriation est pratiquée en raison d'une discrimination CIRDI, n°ARB/97/3, *Compania de aguas des Aconquija S.A. et Vivendi universal S.A. c. Argentine* sentence du 20 août 2007

⁶⁵³Voir article 3 de la Loi n°2012-001 du 20 janvier 2012 portant Code des investissements du Togo

⁶⁵⁴Voir article 12 de la Loi n° 2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements du Niger

concessions et d'autorisation administrative et participer aux marchés publics »⁶⁵⁵. Le droit international des investissements prévu dans les Codes est marqué par un rééquilibrage de plus en plus manifeste en ce qui concerne l'augmentation des obligations qui incombent aux investisseurs étrangers dans leur implantation en Afrique de l'ouest.

B : Les obligations de l'investisseur agréé à l'égard de l'Etat d'accueil

279. Il y a une évolution de plus en plus manifeste des règles du droit des investissements internationaux dans la législation des pays d'Afrique de l'ouest. Elle se traduit par diverses obligations auxquelles l'investisseur est soumis : Il s'agit de la nécessité du respect du cadre législatif national (1), la protection des consommateurs au plan sanitaire et environnemental (2) la promotion du recrutement des nationaux (3), et, enfin de cas spécifique comme en Côte d'Ivoire concernant le renforcement des obligations (4).

1) Le respect du cadre législatif national et l'ordre public

280. La protection juridique des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest exige une autorisation préalable des autorités du pays d'accueil mais aussi un contrôle en aval de l'entrée jusqu' à la fin de l'investissement. Les pays en développement- malgré les exigences libérales des réglementations- ont toujours revendiqué leur souveraineté qui consiste à pouvoir autoriser ou refuser d'autoriser un investissement étranger⁶⁵⁶. Après l'admission de son investissement, l'investisseur étranger est invité d'observer les règles qui régissent son investissement dans le pays d'implantation. L'entreprise étrangère - on a tendance à l'oublier- n'a pas que des droits et avantages. Il a aussi des obligations juridiques qu'elle est tenue d'observer et de respecter. Ces obligations sont relatées par le Code du Sénégal : *« Toute entreprise est tenue, sur l'étendue du territoire du Sénégal, au respect des obligations générales suivantes : -se conformer à la législation du Sénégal, notamment en ce qui concerne les textes et règlements régissant la création et le fonctionnement des entreprises, le respect de l'ordre public... ; observer les règles et normes déjà exigées sur les produits, dans son Etat d'origine, en ce qu'elles peuvent compléter les règles nationales ; fournir toute information jugée nécessaire, pour un contrôle de ses obligations découlant du présent Code »*⁶⁵⁷.

281. Cette nécessité de respecter le cadre législatif et réglementaire du pays d'accueil est très difficile pour son effectivité dans le contexte des pays de la sous-région ouest africaine. En effet, ces derniers n'accueillent que des grands investisseurs qui ont de très gros moyens financiers et autres. Ils accueillent rarement des investisseurs étrangers constitués des petites et moyennes entreprises étrangères. Cela a pour conséquence de peser sur le choix du pouvoir législatif et réglementaire des pays d'accueil. Sabrina Robert-Cuendet la constate en

⁶⁵⁵Voir article 9 « *Egalité de traitement* » de la Loi n°2004-06 du 6 février 2004

⁶⁵⁶Voir (P.) Juillard « *A propos du décès de l'AMI* », AFDI XLIV-1998-CNRS Editions, Paris pp.595-612

⁶⁵⁷Voir article 14 « *Obligations de l'entreprise* » de la Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant *Code des investissements* du Sénégal

soulignant : « *Le droit international des investissements traverse actuellement une crise de légitimité qui tient principalement au fait que les garanties conventionnelles dont peuvent se prévaloir les investisseurs étrangers peuvent avoir des effets redoutables sur les choix réglementaires et politiques des Etats, jusqu'à dissuader certains de réglementer (chilling effect)* »⁶⁵⁸ . Mais cette volonté de faire respecter les dispositions des Codes en matière d'obligations y est sans cesse réaffirmée. L'article 20 du Code des investissements de la Guinée l'affirme de façon laconique : « *Les investisseurs sont tenus au respect des lois et règlements en vigueur en République de Guinée* ».⁶⁵⁹

282. L'exigence du respect effectif des lois et règlements en vigueur est une exigence de souveraineté mais sur lequel les États ouest africains- pour plusieurs considérations liées à la faible capacité institutionnelle de faire respecter les lois- n'insistent pas en matière d'investissements étrangers. Souvent dans le dispositif textuel relatif aux investissements étrangers, il est souligné dans un article court de façon lapidaire et vague : « *les investisseurs s'obligent au respect des lois et règlements de l'Etat de Côte d'Ivoire* »⁶⁶⁰. Quoi qu'il en soit la question du respect du cadre législatif et réglementaire en matière d'investissements concerne aussi les secteurs d'une grande importance comme la santé et l'environnement.

2) La protection des consommateurs : les normes sanitaires et environnementales

283. La course à l'attractivité pour accueillir les investissements étrangers est telle que les pays d'Afrique de l'ouest négligent- consciemment ou non- des secteurs aussi cruciaux que sont l'environnement et la santé publique. En effet, l'importance majeure qu'ont prise les données environnementales et sanitaires aurait voulu que ces concepts soient explicités afin de rendre compte de l'importance majeure du facteur environnemental en matière d'investissement international⁶⁶¹. La volonté d'identifier les pratiques d'investissement à la protection des normes sanitaires est un moyen d'obtenir la globalité de la protection. Un pays comme la Côte d'Ivoire semble faire exception de cette négligence. Ce pays prévoit une série de dispositions assez explicite dans l'instrument relatif aux investissements étrangers en ce qui concerne le social et l'environnement : « *Les investisseurs bénéficiant d'avantages institués par le présent Code sont tenus de se conformer aux normes techniques, sociales, sanitaires et environnementales, nationales ou, à défaut, internationales applicables à leurs produits, services et environnement de travail* »⁶⁶².

⁶⁵⁸Voir S CUENDET- R. (S.) « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » SD de SABRINA R-CUENDET, Paris, Ed. Bruylant, 2017 pp.247-297, p.276

⁶⁵⁹Voir article 20 de la Loi L/2015/n°008 du 25 mai 2015 portant *Code des investissements* de la Guinée

⁶⁶⁰Voir article 21 du titre III « *Obligations des investisseurs* » de l'ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant *Code des investissements* en Côte d'Ivoire

⁶⁶¹ Voir L. DELABIE « Les investissements internationaux dans les Accords environnementaux multilatéraux », pp.135-169 in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » SD de SABRINA R-CUENDET Préface de B.Stern éd. Bruylant-Bruelles, 2017

⁶⁶²Voir article 24 du *Code des investissements* de la Cote d'ivoire précité

284. De même, le respect des règles et normes environnementales par les investisseurs étrangers est toujours accompagnés par l'autre face de la médaille qu'est la préoccupation sociale⁶⁶³. Celle-ci -une préoccupation majeure dans les pays en développement- est souvent négligée quant à ses effets sur les populations et sa promotion par les investisseurs. En Côte d'Ivoire, il est consacré que : *« l'investisseur contribue à la promotion des normes en matière de droit de la personne et de droit du travail en appliquant les principes reconnus internationalement, notamment ceux contenus dans la norme ISO 26 000. L'investisseur fournit à ses collaborateurs des conditions d'hygiène et de sécurité conformes à la législation locale et s'engage dans les activités de responsabilité sociétale par la réalisation de projets sociaux au profit des communautés où l'entreprise est installée »*⁶⁶⁴. Ce binôme liberté dans le principe mais accompagné de la nécessité d'une observance des règles et normes environnementales en matière d'investissements étranger est souligné avec force par le Code Burkinabé. Celui-ci dans son article 8 dispose : *« Les investissements productifs sont librement effectués au Burkina Faso sous réserve des dispositions spécifiques visant à respecter la politique économique et sociale de l'Etat, notamment la protection de la santé et de la salubrité publiques, la protection sociale et la sauvegarde de l'environnement. Les investisseurs doivent se faire délivrer une autorisation valable par le Ministre chargé de l'industrie. Dans ce cadre, ils sont tenus de déposer auprès dudit Ministre, une demande d'autorisation d'implantation comportant : - la nature du projet d'investissement ; -son lieu d'implantation ; -le nombre d'emplois à créer ; -la liste des équipements ; -les schémas du plan d'investissements et de financement »*.⁶⁶⁵ L'enjeu sanitaire mérite une plus considération et attention de la part de gouvernement durant l'agrément des investissements (l'amont) et la situation post investissement (l'aval), en vue de reconnaître pleinement la santé publique dans la dimension de protection de l'investissement étranger en Afrique de l'ouest. Le cadre législatif relatif aux investissements exige des investisseurs étrangers la promotion des compétences nationales en matière d'emplois et de recrutement de locaux.

3) La promotion du recrutement des « nationaux » en matière d'emploi

285. Les motivations des réglementations nationales relatives aux investissements étrangers sont entre autres accueillir beaucoup de capitaux et de technologies étrangères, mais aussi la volonté de réduire le chômage de masse à travers l'investissement. L'investissement international a toujours fait l'objet de critiques dans les pays en développement⁶⁶⁶ du fait que certains formes d'investissements n'ont transféré ni de technologies, ni ne créent beaucoup

⁶⁶³ Voir article 13 « *Obligations des entreprises agréées* » du Décret n°2004-627 d'application du Code des investissements du Sénégal du 7 mai 2004 dispose à propos des normes environnementales que : *« Les entreprises agréées au Code des investissements sont tenues de se conformer aux exigences environnementales auxquelles leurs programmes d'investissement sont soumis, notamment, la réglementation des établissements classés et celle de l'évaluation environnementale, telles que prescrites par le Code de l'environnement et les textes législatifs et réglementaires applicables le cas échéant. »*

⁶⁶⁴ Voir article 25 de l'Ordonnance relative au Code des investissements de la Côte d'Ivoire précité.

⁶⁶⁵ Voir article 8 du Code des investissements du Burkina précité.

⁶⁶⁶ Voir SABRINA R-CUENDET « Spécificité et privilège dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », pp.247-294 in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » SD de SABRINA R-CUENDET Préface de B. STERN, Bruxelles éd. Bruylant- 2017 p.278

d'emplois, d'autant plus que les investisseurs étrangers ne paient pas d'impôt du fait des exonérations fiscales fréquentes. Bref, la liste des points négatifs l'emporte souvent sur celle des points positifs. C'est cette anomalie que le cadre législatif et réglementaire veut remédier afin que les investisseurs prennent en compte la compétence nationale et la main d'œuvre locale. En Guinée-pays riche en ressources extractives- le législateur l'a compris et l'affirme avec force dans le cadre législatif. Ainsi, les investisseurs sont invités à « *contribuer à la qualification du personnel national et favoriser le transfert de technologies. Il fait recours prioritairement à des fournisseurs et sous-traitant nationaux* ». ⁶⁶⁷ 262. L'investisseur a aussi d'autres responsabilités en matière d'élévation des niveaux de vie et de la formation de ses collaborateurs : « *L'investisseur contribue à améliorer des conditions de vie des communautés où s'opère son entreprise, et, à la qualification professionnelle de ses collaborateurs locaux* ». ⁶⁶⁸ De même est prévue par le cadre législatif de privilégier la main d'œuvre locale en matière d'emplois généraux et de compétences spécifiques : « *Pour les travaux ne nécessitant pas une qualification spécifique, l'investisseur recrute exclusivement la main d'œuvre locale. Pour les travaux nécessitant une qualification, l'investisseur recrute en priorité la main d'œuvre nationale à compétences égales* » ⁶⁶⁹. En Afrique de l'ouest, l'abondance de ressources naturelles et les immenses potentialités économiques ne compensent pas la faiblesse des compétences et les insuffisances manifestes sur le plan des ressources humaines. C'est la raison pour laquelle, les investisseurs sont tenus de favoriser l'effet d'entraînement au niveau local de leurs activités : « *L'investisseur privilégie le recours à des fournisseurs et sous-traitants locaux avec qui il entretient des relations mutuellement bénéfiques. L'investisseur contribue au renforcement du savoir-faire du personnel local notamment par la formation et le transfert de technologies* » ⁶⁷⁰.

286. Les pays d'Afrique entendent faire de l'emploi de leurs citoyens une priorité nationale. Ce qui est sans doute une manière de prévenir et de se prémunir contre les importations de main d'œuvre étrangère en cas d'implantation d'entreprises. Cette double exigence de priorisation des emplois et la nécessité d'une formation du personnel a été souligné par la Loi malienne : « *employer en priorité les maliens à égalité de compétence et organiser la formation et la promotion des nationaux au sein de l'entreprise ; mettre en place une gestion saine et transparente conformément aux règles morales régissant une entreprise citoyenne...* » ⁶⁷¹. La protection des investissements nécessite des actions ciblées juridiquement de lutte contre le fléau de la corruption entre les acteurs de l'investissement étranger.

⁶⁶⁷ Voir article 23 de la Loi L/2015 n° 008 du 25 mai 2015 relative au *Code des investissements* de la République de Guinée

⁶⁶⁸ Voir article 24 *ibid*

⁶⁶⁹ Voir article 25 *ibid*.

⁶⁷⁰ Voir article 23 du Code des investissements en Côte d'Ivoire. Cet instrument souligne dans son article 26 que : « *L'investisseur recrute en priorité la main d'œuvre nationale et contribue à accroître la qualification de ses collaborateurs locaux notamment par la formation continue, le développement de compétences nationales à travers des stages de perfectionnement* ».

⁶⁷¹ Voir article 28 al 3 de la Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant *Code des investissements* du Mali

4) Le cas spécifique de la Côte d'Ivoire et de la Guinée en matière de lutte contre la corruption

287. Le fléau de la corruption (considéré comme tabou dans les transactions en matière de relations d'affaires entre acteurs de l'investissement en Afrique de l'ouest) est une pratique ancienne⁶⁷². Cette pratique, malgré l'existence d'une armada de conventions régionales et internationales⁶⁷³, est difficile à contenir et à lutter à son éradication. En effet, la doctrine de la liberté d'entreprendre, l'enjeu des gros contrats dans les pays en développement et les exigences de rentabilité immédiate du capital créent des distorsions et des contraintes entre acteurs. « *Le vice congénital de cette doctrine tient à ce qu'elle n'est pas censée opérer que dans un environnement de transparence totale, où les acteurs économiques obéissent scrupuleusement aux mêmes règles et opèrent dans des conditions de concurrence pure et parfaite. Or, il n'en est rien en pratique dans la mesure où les différents acteurs mettent beaucoup d'efforts et un talent certain à créer de l'opacité dans les transactions pour contourner les règles, et développent toutes sortes de pratiques inavouables pour fausser la concurrence. A cet égard, la mondialisation économique a internationalisé et amplifié le phénomène de corruption et mis en péril, ce faisant, les bases éthiques de l'Etat-en particulier dans certaines régions du monde- ainsi que celles de l'entreprise libérale transnationale* »⁶⁷⁴.

288. Longtemps victimes des pratiques corruptrices des investisseurs étrangers pour s'implanter dans leurs marchés, les pays d'Afrique de l'ouest sévissent de plus en plus contre ce phénomène. En effet, ce phénomène d'obliger les investisseurs à une volonté de transparence se manifeste à deux niveaux : le niveau amont consiste à mettre sur pied un arsenal législatif et réglementaire en vue de prévenir et dissuader tout acteur étranger qui serait tenter de pratiques prohibées. Alors qu'en aval, il s'agit de la mise en place des structures et un cadre pour une régulation non discriminatoire des activités des investisseurs dans le/les pays d'implantation. Le législateur –dans ces pays- s'est saisi de cette problématique ; en Guinée, « *L'investisseur s'abstient de tout acte de corruption, de concurrence déloyale, et de tout autre acte assimilé pendant ou après son établissement.* »⁶⁷⁵. De même le législateur ivoirien se montre beaucoup plus explicite et plus sévère dans sa volonté de lutter contre la corruption et les infractions annexes (blanchiment et terrorisme...) commises par les entreprises étrangères : « *L'investisseur s'abstient de tout acte de corruption et de tout acte d'infractions connexes avant ou après son établissement. Les actes de*

⁶⁷² « *La corruption remonte au moins au moment où une société organisée pour la première fois crée des institutions publiques pour se préserver et se développer* » cité par Maurice Kamto Droit international de la Gouvernance, ED. A. Pedone, 2013 p.187

⁶⁷³ Voir la « *Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption* » de l'Union Africaine adoptée le 11 juillet 2003, à Maputo(Mozambique) entrée en vigueur le 5 aout 2006, voir (M.) Sinjela « *La Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption* » in « *L'Union Africaine Cadre juridique et institutionnel Manuel sur l'Organisation Panafricaine* » Paris-éd. A.Pedone-Paris, 2013pp.257-265 ; sur l'ensemble de l'arsenal universel et régional, voir LANKARANI (L.), « *La lutte contre la corruption transnationale* », in *Droit pénal international* Dir. ASCENSIO (H.), DECAUX(E.), PELLET(A.), Paris, pedone, 2012, pp.455-467

⁶⁷⁴ Voir (M.) KAMTO « *Droit international de la Gouvernance* » op cit p. 48 ; p. 188

⁶⁷⁵ Voir article 26 de la Loi L/2015n°008/AN portant *Code des investissements* de la République de Guinée

corruption en matière d'investissement sont punis conformément à la législation en vigueur et entraînent, de plein droit, la déchéance des avantages accordés. Les fonds utilisés pour réaliser des investissements sur le territoire de la République de Côte d'Ivoire ne peuvent provenir d'activités illicites et notamment résulter d'opérations de blanchiment d'argent et de terrorisme »⁶⁷⁶.

289. La corruption est une pratique – certes prohibée par les textes nationaux, communautaires et internationaux- mais est au cœur des pratiques d'entreprises étrangères dans leurs stratégies d'investissement à l'international. Dans leurs volontés de rendre l'environnement juridique plus attractif, les pays de la sous-région rivalisent de pratiques fiscales privilégiées pour attirer davantage les investissements étrangers.

V- Paragraphe 2 : Les pratiques diverses d'incitations fiscales accordées aux investissements étrangers

290. La fiscalité est de loin l'outil le plus privilégié pour attirer les investissements directs étrangers et vendre l'attractivité d'un/des pays aux investisseurs étrangers. Elle est devenue stratégique condition sine qua non pour l'accueil des entreprises étrangères. En Afrique de l'ouest dans les cadres juridiques de protection : il est prévu un régime d'avantages fiscaux durant l'investissement (A), un régime d'avantages fiscaux liés parfois aux conditionnalités (B) et enfin le régime des extensions d'avantages fiscaux dans le cadre des zones franches (C).

A : Le régime des avantages fiscaux durant les investissements

291. Il concerne différents avantages octroyés aux investissements productifs (1). Puis les privilèges fiscaux accordés durant les différentes phases d'investissement (2). Il existe aussi le régime des projets d'extension d'investissement (3) et enfin, il y a le cas spécifique des dispositions fiscales concernant les PME-PMI en Côte d'Ivoire (4).

1) Un régime octroyé aux investissements nouveaux et productifs

292. Parmi les critères dégagés pour mesurer l'environnement juridique des investissements étrangers, il y a la fiscalité. Le domaine est devenu le terrain d'une concurrence farouche entre les Etats. Paradoxalement, ce n'est pas seulement dans les pays en développement que cette concurrence s'opère, mais aussi dans les pays avancés⁶⁷⁷. Dans le cadre de la mondialisation, les entreprises et investisseurs font des arbitrages et choisissent

⁶⁷⁶ Voir article 28 Ordonnance n°2012-287 du 07 juin 2012 portant Code des investissements de la Côte d'Ivoire

⁶⁷⁷ L'exemple du Brexit (sortie de la Grande Bretagne de l'UE) est édifiant à ce propos : les pays de l'Union Européenne sont en concurrence pour accueillir le siège des grandes entreprises et des activités liées à la finances (grande banque-l'autorité bancaire européenne transfère son siège de Londres à Paris-, assurance) Voir étude de l'OCDE : « OCDE, Concurrence fiscale dommageable. Un problème mondial », 1998, (<http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurlatransparenceetlechangederenseignementsadesfinsfiscales/45630364.pdf>). Cité par W. Ben Hamida « Droit fiscal et droit international des investissements » pp.121-13' in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisés » SD de Sabrina R-Cuendet préface de B. Stern éd. Buylant-Bruxelles, 2017 p.123

l'environnement législatif et réglementaire le plus favorable. Le professeur Neji Baccouche l'évoque longuement en des termes suivants : *« Mais en matière d'investissement, la concurrence s'opère, depuis une quinzaine d'années, d'une manière à la fois farouche, entre États c'est-à-dire entre les entités politiques juridiquement souveraines. La régulation de cette concurrence est, des lors, beaucoup plus complexe à régir car elle touche les ressources financières de l'Etat, c'est-à-dire ses propres moyens d'action. Or, faut-il le rappeler, il n'existe pas d'Etat viable sans impôt. Actuellement, les États se livrent à une véritable guerre d'incitations aux investissements. Chaque État se prémunit derrière sa souveraineté pour édicter un arsenal fiscal incitatif d'autant plus qu'au niveau supranational, il n'existe presque pas une législation qui interdise ou qui réprimasse le dumping fiscal pratiqué par les Etats. »*⁶⁷⁸

293. Dans le cadre de leur politique en vue d'accueillir plus d'investissements étrangers, les pays de la sous-région ouest africaine entendent faire de l'instrument juridique en général et fiscal en particulier un outil privilégié pour séduire les détenteurs de capitaux, technologies et savoirs faire. C'est la raison pour laquelle, les Codes d'investissement rivalisent d'ardeur pour un traitement fiscal favorable aux investissements. Dans le cas d'espèce, un pays de la sous-région comme le Sénégal offre aux entreprises s'implantant sur place un crédit d'impôt dont le montant est équivalent à 40% du coût des investissements. C'est ce que souligne le Décret relatif au Code des investissements : *« Les entreprises agréées au Code des investissements bénéficient pendant cinq ans d'un crédit d'impôt d'un montant égal à 40% du coût des investissements réalisés dans le cadre du programme agréé et revêtant les formes ci-après, matériels d'exploitation fixes ; matériels informatiques ; Véhicules et engins utilitaires. Véhicules de tourisme destinés exclusivement au transport touristique ; Terrains ; Travaux d'aménagements et de constructions ; travaux de montage et d'installation des matériels compris dans le programme agréé. L'octroi du crédit d'impôt est subordonné à la réalisation effective de tout ou partie du programme agréé. »*⁶⁷⁹.

294. Il faut dire qu'en matière d'investissement étranger- en vue de séduire et accélérer l'implantation d'investisseurs- le principe de l'automaticité des avantages fiscaux est consacré aussi comme au Togo: *« Toute entreprise nouvelle, ou tout projet d'extension d'une entreprise existante admis au présent code bénéficie d'un abattement de la base d'imposition au titre de l'impôt sur les sociétés d'un montant correspondant à un pourcentage des sommes réellement et effectivement payées au titre des différentes phases du programme d'investissement ayant fait l'objet d'une déclaration ou d'un agrément, dans la limite de 50% des bénéfices nets taxables de l'exercice fiscal au cours duquel ont été engagés une ou*

⁶⁷⁸Voir Baccouche(N) « Incitations aux investissements et concurrence entre États » in « Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre » SD de F. Horchani Ed A. Pedone 2006 pp. 61-71 p.62

⁶⁷⁹Voir article 8 du Décret n°2004-627 du 7 mai 2004 portant application du Code des investissements du Sénégal

plusieurs phases du programme d'investissement pendant les cinq premiers exercice fiscaux de la période d'exploitation »⁶⁸⁰.

295. Par conséquent, l'enjeu fiscal -dans les instruments juridiques- est une conditionnalité implicite voire une invite à accélérer la création d'emplois par les investissements étrangers agréés: *« Toute entreprise éligible aux avantages du présent Code, quel que soit le régime, bénéficie de l'application de la taxe sur les salaires à un taux réduit à 2% sur les salaires de tous les nouveaux emplois permanents créés pendant la durée d'admission au Code »⁶⁸¹.* L'abattement fiscal pour les investisseurs est conditionné au nombre d'emplois créés et la volonté de transférer des connaissances et savoir-faire aux employés locaux⁶⁸². Dans les instruments juridiques prévoyant les investissements étrangers les privilèges fiscaux accordés aux entreprises désirant d'investir correspondent à différentes phases d'investissement.

2) Les privilèges fiscaux accordés durant les phases de l'investissement

Ils correspondent à deux phases : celle de la réalisation de l'investissement (a) et celle durant son exploitation (b)

a- Durant la phase de réalisation de l'investissement

296. Cette phase correspond au démarrage effectif du programme d'investissement agréé par l'autorité réglementaire. Cette période nécessite entre temps l'importation de matériels et d'équipements qui entre dans le cadre de la réalisation de l'investissement et qui ne sont pas nécessairement fabriqués localement. C'est ce que prévoit le cadre juridique du Sénégal : *« Pendant la phase de réalisation de l'investissement, les avantages douaniers couvrent une période de trois ans et consistent en une exonération des droits de douane à l'importation des matériels et des matériaux qui ne sont ni produits ni fabriqués au Sénégal et qui sont destinés de manière spécifique à la production ou à l'exploitation dans le cadre du programme agréé. »⁶⁸³.* Cette phase d'exonération fiscale qui concerne deux sortes d'impôts particuliers que sont les taxes et la TVA est nécessaire dans la mesure où les pays d'Afrique de l'ouest ne sont pas industrialisés pour fournir tous les équipements et matériaux dont l'investisseur étranger a effectivement besoin afin de pouvoir démarrer ses activités. C'est la

⁶⁸⁰ Voir article 28 « De l'exonération de l'impôt direct » de la Loi 2012-001 du 20 janvier 2012 portant Code des investissements de la République Togolaise

⁶⁸¹ Voir article 34 ibid

⁶⁸² « Toute entreprise admise au présent Code bénéficie également d'une réduction de l'impôt sur société de la manière suivante :

-2% si elle emploie entre 20 et 50 ;

- 3% si elle emploie entre 50 et 100 ;

-4% si elle emploie entre 101 et 500

-5% si elle emploie au-delà de 500.

L'abattement fiscal est accordé s l'investisseur :

a- Employé des salariés dont les revenus ne sont pas exonérés d'IRPP, et ce, pendant une période d'au moins six mois au cours de l'exercice fiscal.

b- Assure un transfert de compétence au personnel local par le biais d'un plan de formation approprié dont les détails devront être communiqués à l'Agence ». voir article 35 ibid.

⁶⁸³ Voir article 18 « Avantages particuliers accordés à l'investisseur pendant la phase de réalisation de l'investissement » de la Loi 2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal

raison pour laquelle, les différents instruments juridiques internes relatifs aux investissements étrangers prévoient des exonérations en cas d'indisponibilités des produits et matériaux de démarrage sur place.

297. Toutefois, les importations seront fortement taxées au cas où l'industrie locale du pays d'implantation est en mesure de fabriquer ces matériaux ou produits. Ne serait-ce que pour dissuader un éventuel investisseur qui ignore l'approvisionnement en matériel sur le marché local au profit des importations. En l'espèce, le Code du Niger affirme durant la phase de réalisation des investissements: « *Toute entreprise agréée au présent bénéficie de :*

- *L'exonération totale des droits et taxes perçus par l'Etat y compris la taxe sur la valeur ajoutée sur les prestations de services, les travaux et services concourant directement à la réalisation du programme d'investissement agréé ; L'exonération totale des droits et taxes de Douanes, y compris la taxe sur la valeur ajoutée, à l'exclusion de la Redevance statistique (RS), du Prélèvement Communautaire(PC), du Prélèvement Communautaire de Solidarité (PCS), sur les matériels, matériaux, équipements et outillages importés et concourant directement à la réalisation du programme d'investissement agréé. Toutefois, en cas de disponibilités des produits équivalents fabriqués localement, l'importation des matériels, matériaux, outillages et équipements ne donne pas lieu à l'exonération. »*⁶⁸⁴. Afin de ne pas octroyer des avantages illimités dans le temps, les facilités fiscales et douanières accordées sont rigoureusement encadrées. L'exemple est donné par le Togo, où le Code dispose dans son article 33 que les avantages octroyés couvrent un temps donné : « *Une période d'installation au cours de laquelle le programme d'investissement devra être réalisé. Elle court à partir de la date d'effet de l'attestation ou de l'agrément et s'étend sur la période indiquée ou convenue entre l'investisseur et l'Agence lors de la délivrance de l'attestation d'agrément de l'investissement, sans que cette période ne puisse excéder : vingt-quatre mois(24) pour le régime de déclaration de l'investissement. La fin de la réalisation du programme d'investissement et de la période d'installation est notifiée à l'Agence par l'investisseur si elle est antérieure à la date fixée initialement. Le fait qui caractérise la fin de la réalisation du programme d'investissement devra être défini de manière explicite par l'investisseur et approuvé par l'Agence. Ce délai peut être exceptionnellement prorogé pour une durée de six mois renouvelable une fois par l'Agence. »*⁶⁸⁵.

La pratique des incitations fiscales prévue par le régime juridique relatif aux investissements étrangers concerne aussi les phases dites de l'exploitation des investissements.

b- Durant la phase d'exploitation de l'investissement

⁶⁸⁴ Voir article 32 « *Des avantages fiscaux et douaniers pendant la phase de réalisation des investissements* » de la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger

⁶⁸⁵ Voir article 33 « *De la durée des exonérations* » de la Loi n°2012-001 portant Code des investissements du Togo.

298. Cette phase correspond à la période où l'entreprise a réalisé son offre sur le marché local et que ses investissements ont eu des effets. Elle est couverte par la pratique des incitations fiscales au titre de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux ou de l'impôt sur les bénéfices non commerciaux. Au même titre que les autres avantages, le régime des facilités fiscales durant la phase d'exploitation est particulièrement avantageux pour les investisseurs. Beaucoup d'instruments juridiques des pays de la sous-région prévoient ce dispositif en matière d'exploitation. Le Code des investissements de la Côte d'Ivoire consacre des avantages selon différentes catégories d'investissement allant de zone A à zone C. Pour les investissements réalisés en zone A il y a : « -exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ; -exonération des patentes et licences »⁶⁸⁶. Alors que pour d'autres catégories d'investissements comme ceux réalisés en Zone B, il y est prévu, outre les deux cas d'exonérations précités, une « réduction de 80% du montant de la contribution à la charge des employeurs, à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue »⁶⁸⁷. Enfin, pour les investissements réalisés en zone C il y est prévu en outre une série d'avantages pour l'investisseur étranger : « réduction de 90% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue ; - exonération d'impôt sur le patrimoine foncier ; -exonération de droits d'enregistrement en cas d'augmentation du capital. Les exonérations portant sur le bénéfice industriel et commercial ou le bénéfice agricole et la contribution des patentes et licences sont réduites à 50%, puis à 25% des montants normalement dus, respectivement l'avant-dernière et la dernière année de bénéfice des avantages. »⁶⁸⁸ 276. Toutefois, la phase d'exploitation ne signifie pas certainement que les entreprises étrangères qui investissent sont totalement assujetties à l'impôt. Elles sont naturellement et légalement imposables à l'instar de toutes les autres personnes morales. C'est ce qu'a voulu traduire l'article 34 de la Loi nigérienne relative aux investissements étrangers. Ce texte dispose de façon explicite : « Les entreprises agréées au présent Code des Investissements, bénéficient de l'exonération totale des droits et taxes de douanes, à l'exclusion de la Redevance Statistique(RS), du Prélèvement Communautaire(PC), du Prélèvement Communautaire de Solidarité(PCS) et de la Taxe sur la Valeur Ajoutée(TVA), sur les matières premières et emballages importés... »⁶⁸⁹. Dans la pratique de la protection des investissements étrangers, les États d'Afriques de l'ouest font montre d'un traitement fiscal royal réservés aux investisseurs. Il n'est pas certain que les avantages octroyés soient obtenus en retour par des pratiques bénéfiques et avantageuses pour l'économie en général et le Trésor public en particulier. La professeure Sabrina R-Cuendet analysant les incitations fiscales liées à l'attractivité constate que : « L'objectif d'attractivité de l'Etat est clair puisque la loi joue à la manière d'un instrument promotionnel qui vise à convaincre le plus grand nombre. Les États peuvent aussi conditionner l'octroi de ces avantages à la satisfaction de certains objectifs comme par exemple que l'investissement soit

⁶⁸⁶ Voir article 37 de l'Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire op. cit. p.49

⁶⁸⁷ Ibid.

⁶⁸⁸ Ibid.

⁶⁸⁹ Voir la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger

*réalisé dans une région peu industrialisée ou sur un site faiblement exposé aux risques écologiques. De manières générales, l'utilité et l'efficacité de ces mesures prêtent à caution. Elles ont un coût qu'il n'est pas certain que les bénéfices retirés de l'installation des entreprises étrangères bénéficiaires permettent d'absorber. De nombreux États restent pourtant convaincus de leur intérêt et n'hésitent pas à se livrer, entre eux, une véritable concurrence du mieux disant »*⁶⁹⁰. Outre ces exonérations fiscales dans les différentes phases de l'investissement, il est prévu aussi une autre innovation en matière d'exonération qui porte sur le régime des extensions d'entreprise.

3) Le régime des projets d'activité nouvelle et d'extension d'investissement

299. L'extension d'investissements concerne l'entreprise étrangère déjà agréée qui souhaite augmenter ses capacités en matière de production⁶⁹¹. Tout comme le régime juridique normal des projets d'investissements qui viennent de démarrer, le régime des extensions bénéficient de facilités fiscales. Dans le régime juridique prévu par les Codes, les investissements dans les projets nouveaux et les extensions sont privilégiés sur le plan du traitement fiscal. C'est ainsi que la facilité fiscale dans les pays d'Afrique de l'ouest poursuit un objectif d'attractivité que l'ont constante dans les législations des pays importateurs de capitaux : *« Les États en voie de développement, souvent en manque de capitaux, mettent à profit l'incitation fiscale pour attirer les investisseurs étrangers, souvent moyennant un cadre juridique conventionnel taillé sur mesure pour chaque investisseur pour sécuriser ce dernier contre les retournements de situations et pour le soustraire à la juridiction du pays et sa loi fiscale. Pourtant cette dernière est, dans de nombreux cas, particulièrement généreuse en matière d'octroi d'avantages fiscaux au profit des investisseurs étrangers. »*⁶⁹²

300. Le régime fiscal des investissements liés à la création d'activité nouvelle au Mali est synonyme *« d'Exonération , pendant la durée de la réalisation du programme agréé fixée à trois(3) ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali et qui sont destinés de manière spécifique à la réalisation du programme agréé.... ;réduction du taux d'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC)-IS) à 25% sur sept(7ans) non renouvelables, exonération de l'impôt minimum forfaitaire pour tout exercice*

⁶⁹⁰ Voir Sabrina Robert Cuendet « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers » in « *Droit des investissements internationaux perspectives croisées* » SD Sabrina Robert-Cuendet Paris, Ed. Bruylant 2017 pp. 253-297 p.260

⁶⁹¹ Selon la Loi n° 62-95 ADP du 14/12/1995 portant Code des investissements du Burkina Faso (ses modificatifs modifiées par la loi n°007/AN du 29 janvier 2010. Cette loi dispose dans son article 7 entend par *« extension ou diversification : tout programme d'investissement agréé, initié par une entreprise existante et qui engendre :*

-un accroissement d'au moins 30% de la capacité de production ou de la valeur d'acquisition des actifs immobilisés ;

- ou un investissement en matériels de production d'au moins cent millions(100.000.000) de francs CFA ;

-ou la fabrication de nouveaux produits impliquant l'acquisition de nouveaux matériels. »

⁶⁹² Voir (N.) Baccouche p.64 op ; cit. p.50

déficitaire pendant les cinq(5) premières années d'exploitation.»⁶⁹³ Le régime d'extension ou de mise à niveau bénéficie des facilités et avantages en ce qui concerne l'importation de matériels « pendant la durée de la réalisation (phase d'investissement) des entreprises agréées fixée à trois (3)ans, des droits et taxes à l'importation sur les matériels, machines, outillages et leurs pièces de rechange qui ne sont ni produits, ni fabriqués au Mali... »⁶⁹⁴. Toutefois, le bénéficiaire du régime ne concerne que la phase de réalisation des investissements⁶⁹⁵. Il est prévu qu'un investisseur s'implantant sur un marché local et n'ayant pu bénéficier des facilités et avantages qu'octroient les instruments juridiques internes relatifs aux investissements étrangers de pouvoir en bénéficier⁶⁹⁶. Le dispositif d'incitation fiscale qui est la pierre angulaire du régime juridique des investissements sur le plan de la protection réserve un traitement spécifique aux investissements faits par les PME-PMI.

4) Le cas des dispositions spécifiques aux PME prévu par la Cote d'Ivoire et du Bénin et du Niger

301. La grande erreur que les pays d'Afrique de l'ouest ont commise, et-telle apparait dans le dispositif juridique relatif aux investissements étrangers- c'est de n'avoir accordé d'importance- pendant longtemps- qu'à une catégorie d'investissement, celle faites par les firmes et société de grande envergure, à savoir transnationales. En effet, ils ont toujours privilégié juridiquement d'accueillir les filiales des firmes transnationales, à travers- l'ouverture de filiales, relais ou têtes de pont en vue de conquérir un futur grand marché régional ou sous régional en ventant leurs ressources naturelles et la main d'œuvre abondante et bon marché etc.-. Il n'y a aucune stratégie juridique et économique faisant des investissements étrangers à travers les joint-ventures PME-PMI un objectif de la protection de l'investissement. La PME-PMI a été définie en Côte d'Ivoire, comme « une entreprise qui emploie en permanence moins de deux cent(200) personnes et qui réalise un chiffre d'affaires annuel hors taxes inférieur ou égal à un milliard (1.000.000.000) de francs CFA. L'entreprise est une entité qui, indépendamment de sa force juridique, exerce une activité économique, est légalement constituée et tient une comptabilité. L'entreprise peut être entité exerçant une activité économique à titre individuel ou familiale, une société de personnes ou de capitaux »⁶⁹⁷ Des pays de la zone ouest africaine-conscients que les PME-PMI- seront les moteurs de l'investissement étranger de demain ont rectifié le tir en accordant à ce secteur toute l'attention qu'il mérite-en termes d'environnement fiscal attractif et privilégié. Sur ce point, l'un des poids lourd régional sur le plan économique la Côte d'Ivoire l'a bien détaillée dans sa loi sur les investissements étrangers : « Les petites et Moyennes Entreprises bénéficient, selon leurs zones d'investissement, des avantages prévus en régime de déclaration et en régime d'agrément. En outre, elles bénéficient des avantages additionnels

⁶⁹³ Voir article 14 « Régimes privilégiés » de la loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali

⁶⁹⁴ Article 14 ibid.

⁶⁹⁵ Voir article 38 Code du Niger précité

⁶⁹⁶ Voir article 41 ibid.

⁶⁹⁷ Voir article 2 du Décret n°2012-05 du 11 janvier 2012 portant définition de la Petite et Moyenne Entreprise en Côte d'Ivoire

énumérés ci-après :- exonération des droits d'enregistrement sur tous les actes soumis à enregistrement ; mise à disposition par l'Etat des terrains, nécessaires à la réalisation des projets d'investissements ;- achat de l'électricité, de l'eau et des prestations de nouvelles technologies à des tarifs préférentiels, sous réserve d'investir dans une unité de transformation de matières premières »⁶⁹⁸.

302. Ces dispositions fiscales spécifiquement réservés aux Petites entreprises en matière d'investissement montrent que certains pays tentent de comprendre les enjeux liés à ce secteur. Un pays comme le Bénin qui a compris tout le potentiel lié à cette catégorie d'entreprises a consacré-dans le dispositif juridique relatif aux investissements étrangers- un « régime » qui prévoit l'encouragement, la signification et les avantages auxquels ces catégories d'investisseurs peuvent prétendre : *« Le régime « A » est destiné à encourager le développement des petites et Moyennes Entreprises de nationalité béninoise ou étrangère dont les activités pourront aider au développement économique et social de la nation et à la promotion des entreprises coopératives. »*⁶⁹⁹ L'environnement législatif et réglementaire relatif aux investissements se veut global en étendant-pas seulement aux grands groupes internationaux- les facilités fiscales mais à tous les acteurs internes et externes de l'investissement. Le choix des PME comme modèle accompagnant les autres formes d'investissements se révèle par la nature des avantages fiscaux qu'elles bénéficient. En effet, au Bénin les PME ont : *« 1- pendant la réalisation des investissements, exonération des droits et taxes perçus à l'entrée, à l'exception de la taxe de voirie et de la taxe de statistique, sur :*

-les machines, matériels et outillages destinés spécifiquement à la production ou à l'exploitation dans le cadre du programme agréé ;

- les pièces de rechange spécifique aux équipements importés dans la limite d'un montant égal à 15% de la valeur CAF des équipements. 2- Pendant la période d'exploitation et pour une durée égale à celle définie à l'article 21 ci-dessus :

⁶⁹⁸Voir article 49 Titre V *dispositions spécifiques aux Petites et Moyennes Entreprises* » de l'Ordonnance n°2012-487 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire. L'article 48 souligne cette « faveur » accordée aux investissements sous forme de PME-PMI en soulignant cette particularité « Par dérogation aux dispositions des articles 34 et 35 qui précisent les zones d'investissement, la durée des avantages pour les Petites et Moyennes Entreprises est fixée à :

*-sept ans pour les investissements en zone A ;
- onze ans pour les investissements réalisés en zone B ;
- quinze ans pour les investissements réalisés en zone C.*

Ces durées sont majorées des délais de réalisation du programme d'investissement. »

⁶⁹⁹Voir article 37 section 1 « Régime de la Petite et moyenne Entreprise » de la Loi n°90-002 du 09 mai 1990 portant Code des investissements. Cet instrument donne une définition énumérative de la PME en son article 38 qui dispose : « Est considérée aux termes du présent Code comme petite et moyenne entreprise pouvant être agréée au régime « A » toute entreprise qui, outre les critères des articles 15 et 18, remplit cumulativement les conditions suivantes :

- 1- Etre immatriculé au registre du commerce ou se conformer dans le cas d'une coopérative, à la réglementation en vigueur en matière de constitution des coopératives ;*
- 2- Avoir un programme d'investissement d'un montant allant de vingt(20) millions à cinq cent (500) millions de francs CFA ;*
- 3- Prévoir d'utiliser au moins cinq(5) salariés permanents de nationalité béninoise ;*
- 4- Tenir une comptabilité régulière et conforme au plan comptable National quel que soit le chiffre d'affaires réalisé. »*

-exonération de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux ;

-exemption des droits et taxes de sortie applicables aux produits préparés, manufacturés et exportés par l'entreprise. »⁷⁰⁰.

303. Un autre pays comme le Niger s'engage dans cette voie consistant à mettre en place un instrument juridique dénommé « *Charte des PME* » pour accélérer les investissements étrangers et nationaux dans ce domaine. Par ce biais : « *l'Etat du Niger crée des pépinières d'entreprises(centre d'hébergement et de développement des entreprises) et s'engage à poursuivre la mise en place d'incubateurs par secteurs d'activités en favorisant l'émergence de nouveaux projets et en facilitant l'accès des entreprises existantes aux outils de la nouvelle économie : les technologies de l'information et de la Communication, les biotechnologies, la recherche appliquée, etc.* »⁷⁰¹. La fiscalité en matière d'investissement demeure un enjeu et soulève des problématiques qu'on ne peut épuiser tant les avantages d'aujourd'hui peuvent être remis en question demain. Dans un pays comme la Guinée le régime des avantages aux incitations fiscales est soumis à certaines conditionnalités.

B : Le régime d'avantage lié aux incitations fiscales soumis aux conditionnalités

Ce régime ne va pas sans contrepartie de la part des investisseurs étrangers en Guinée (1) sur qui pèsent des obligations particulières (2).

1) Le cas de la Guinée

304. L'investissement international dans les pays en développement souffre d'un déséquilibre des rapports d'obligations entre acteurs. C'est la raison pour laquelle, les investisseurs étrangers se voient accorder un traitement royal (fait d'exonération nette d'impôt, libre rapatriement des bénéfices générés par les activités de l'entreprise etc.) alors que les États d'implantation peinent à combler ce manque à gagner par d'autres sources de financements (ressources fiscales internes, aide publique au développement et emprunt sur les marchés financiers etc.). Ce phénomène a conduit à la surprotection de l'investisseur et à la sous protection des intérêts des Etats. En vue de lutter contre ce phénomène de « *concurrence fiscale dommageable* », une Organisation comme l'OCDE mène des études, formule des recommandations et fait des rapports sur ce phénomène. Dans son étude sur la *concurrence fiscale dommageable*, l'Organisation dégage certains critères : « -Un niveau d'imposition effective nettement inférieur au niveau général du pays concerné ;

- Des facilités fiscales réservées aux non-résidents ;
- Des incitations fiscales en faveur d'activités qui n'ont pas trait à l'économie locale, de sortes qu'elles n'ont pas d'impact sur l'assiette fiscale nationale ;
- L'octroi d'avantages fiscaux même en l'absence de toute activité économique réelle ;

⁷⁰⁰Voir article 39 de la Loi n°90-002 du 09 mai 1990 portant Code des Investissements du Bénin

⁷⁰¹Voir article 30 de l'Ordonnance n°2010-88 du 16 décembre 2010 portant Charte des PME au Niger

- *Des règles pour la détermination des bénéfices des entreprises faisant partie d'un groupe multinational qui divergent des normes généralement admises au niveau international, notamment de celles approuvées par l'OCDE ;*
- *Le manque de transparence des mesures fiscales »*⁷⁰².

305. Un pays comme la Guinée a adopté des conditionnalités comportementales assez draconiennes pour les entreprises étrangères acceptant d'être soumises aux « obligations liées à la demande de bénéfice du régime dérogatoire des incitations fiscales ». Pour ce pays cet avantage fiscal accordé ne va pas sans contrepartie. Les investisseurs étrangers se voient dans l'obligation d'adopter d'une part, « le nationalisme économique » des autorités locales tel que décrit par l'article 36 : selon lequel « *Les personnes physiques ou morales qui sollicitent le bénéfice du régime dérogatoire d'incitation fiscale du Code des investissements s'obligent à : -employer en priorité les compétences nationales disponibles sur le marché du travail ; -utiliser en priorité les matériaux, matières premières, produits et services d'origine guinéenne* »⁷⁰³. D'autre part, ils se voient obligés d'informer régulièrement les autorités nationales et sont astreints à la douanes et au paiement des taxes : « *-fournir toutes les informations devant permettre de contrôler le respect des conditions de l'octroi des bénéfices du régime privilégié ; - s'acquitter des droits et taxes sur la valeur résiduelle telle que définie par le Code des Douanes, des équipements, matériels, matériaux et outillages acquis en exonération de droits et taxes en cas de cession ou de transfert de ceux-ci* »⁷⁰⁴. L'obligation liée à la demande du régime dérogatoire d'incitation a des conséquences (quant à ses droits et devoirs) pour l'investisseur étranger qui en ait bénéficiaire.

2) Les obligations du bénéficiaire des avantages fiscaux et douaniers

306. Dans ce domaine technique, mais combien politique aussi, les États se voient obligés d'assurer une veille réglementaire et fiscale de tous les instants pour encadrer le comportement fiscal d'un/ des investisseur(s). La particularité institutionnelle des pays de la sous-région ouest africaine, c'est la faiblesse de la politique fiscale (administrations publiques non compétentes pour lever collecter l'impôt, assiette fiscale faible, faiblesse des personnes physiques et morales assujettis à l'impôt, réticence socioculturelle à s'acquitter de son devoir fiscal etc.). Cette particularité interne se traduit aussi dans les relations d'affaires entre États et investisseurs étrangers. Un pays comme la Guinée tente d'innover en la matière en renforçant considérablement l'obligation pesant sur l'investisseur d'informer régulièrement les autorités étatiques : « *tout investisseur bénéficiaire des avantages fiscaux et douaniers prévus par le présent Code est tenu de satisfaire aux obligations suivantes : - au plus tard à la fin de chaque année fiscale, informer le Comité technique de suivi des investissements sur le niveau de réalisation du projet ; - au plus tard le 31 décembre de chaque année, transmettre au CTSI*

⁷⁰²Voir OCDE, *Concurrence fiscale dommageable. Un problème mondial*, 1998, <http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurlatransparenceetlechangederenseignementsadesfinsfiscales/45630364.pdf>. cité par Walid ben Hamida « Droit fiscal et droit international des investissements » in *droit des investissements internationaux perspectives croisées* Sd de Sabrina Robert-Cuendet Paris 2017 Ed Bruylant pp.120-134 p.123 op cit. p.52

⁷⁰³Voir article 36 de la Loi L/2015/n°008/AN du 25 mai 2015 portant Code des investissements de la Guinée

⁷⁰⁴Article 36 ibid.

un rapport dans lequel doit figurer toutes les informations pouvant transmettre au CTSI de vérifier si l'entreprise a respecté ses engagements et obligations au cours de l'année.- se soumettre au contrôle de conformité de l'activité par le comité technique de suivi des investissements – faire parvenir au comité technique de suivi des investissements,. –Tenir une comptabilité de l'entreprise conformément au plan comptable en vigueur en République de Guinée »⁷⁰⁵.

307. Dans le cas de la Guinée, il y a une véritable volonté politique manifestée à travers le cadre législatif de la nécessité d'une plus grande régulation et contrôle des activités des entreprises implantées dans le pays. La notion de bénéficiaire redevable est consacrée⁷⁰⁶. Les autres obligations prolongent la nécessité d'informer les autorités compétentes pour tout mouvement ou activités touchant l'entreprise⁷⁰⁷. Le Code guinéen prévoit des situations exceptionnelles (pour les entreprises bénéficiaires) du fait de *force majeure* nécessitant la *suspension du régime*⁷⁰⁸. La recherche d'une attractivité fiscale va jusqu'à la prévision d'un statut pour certains types d'investissements réalisés dans les zones franches.

C : L'extension des avantages fiscaux pour l'investissement : l'exemple des zones franches

308. Le phénomène des zones franches, appelé aussi zone franche industrielle d'exportation ou zones économiques spéciales ZES est une réaction à l'échec des politiques économiques de substitution à l'importation dans les pays du Sud. L'examen s'impose de ces zones en tant qu'outil d'attractivité (1), dotés de particularité de régime fiscal (2) et utilisé dans la pratique des pays ouest africains (3).

1) Les zones franches : un nouvel outil d'attractivité

309. En matière d'investissement, les pays en développement-et particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest- ont tout essayé pour séduire les investisseurs étrangers pendant longtemps sans y arriver à part quelques exceptions⁷⁰⁹. C'est la raison pour laquelle, pour diminuer les risques politiques et rassurer les détenteurs de capitaux et de technologies, les

⁷⁰⁵ Voir article 37 « *Obligations de l'investisseur bénéficiaire des avantages fiscaux et douaniers* »

⁷⁰⁶ « *Toute entreprise ayant bénéficié d'un régime dérogatoire, et qui cesse d'exercer ses activités pendant ou à la fin de la durée de dérogations fiscales et douanières, sera tenue de rembourser les montants des impôts non acquittés du fait de ce régime, si la cessation d'activités résulte de manœuvre frauduleuses, sans préjudice des éventuelles poursuites judiciaires encourues* » voir article 38 *ibid*.

⁷⁰⁷ Cela concerne « *la cession partielle ou totale de l'entreprise bénéficiaire d'avantages liés au Code doit être préalablement notifiée au Ministre en charge de la promotion du secteur privé et au Ministre des finances, sous peine de sanctions ... Toutefois les avantages acquis ne sont pas cessibles* » voir article 39 *ibid*.

⁷⁰⁸ Le siège se trouve dans l'article 40 qui le souligne comme suit : « *En cas d'arrêt exceptionnel des activités d'une entreprises bénéficiaire des avantages liés au Code des investissements, pour des raisons de force majeure, celle-ci peut demander la suspension du régime privilégié pour une période qui ne saurait excéder un(1) an. La date d'expiration du régime est modifiée par en conséquence* » *ibid*.

⁷⁰⁹ Jusqu'ici, les pays d'Afrique de l'ouest (hormis le Nigéria, le Ghana et la Côte d'Ivoire) n'accueillent pas beaucoup d'IDE du fait de la « *perception du risque* » très élevée, la faiblesse des marchés domestiques, du pouvoir d'achat et la qualité médiocre des infrastructures physiques.

pays du Sud⁷¹⁰ en général et d'Afrique de l'ouest en particulier ont créé ces entités juridiques (presque off-shore) pour attirer et maximiser l'impact des investissements étrangers sur leur politique économique. Faisant l'objet de nombreux rapports et études sur leur impact⁷¹¹, la zone franche est définie comme une : « *aire délimitée administrativement, parfois géographiquement, soumise à un régime douanier autorisant la libre importation des équipements et autres produits en vue de la production des biens destinés à l'exportation. Ce régime s'accompagne généralement de dispositions législatives de faveur, notamment fiscales, qui constituent autant d'incitations à l'investissement étranger. La Zone franche serait essentiellement caractérisée par les deux traits suivants : -son caractère d'enclave bénéficiant d'un statut qui s'étend pas à l'ensemble du territoire national ; - la nécessité pour les entreprises qui y sont installées d'exporter leur production* »⁷¹².

310. Devant les difficultés du régime juridique classique de protection des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest, ces derniers ont opté pour ce modèle souple, marqué par la réglementation prévisible, adaptée et l'accès facilité et disponible à l'eau, l'énergie et au système de communication moderne. L'attractivité se mesure à la politique d'incitation qui consiste- pour les pays d'accueil- à mettre sur pied un cadre législatif et réglementaire taillée sur mesure, des infrastructures structurantes en matière de transport et d'énergie, une main d'œuvre abondante accompagnée des bas coûts salariaux et l'imposition faible voire quasi inexistante. Pour les auteurs Pascal Lorot et Thierry Schwab- elle constitue une réaction à un environnement juridique difficile marqué par une faible attractivité- ; ils soulignent que : « *La zone franche a pour but de faire contrepoids à ce qui, de prime abord, décourage tout IDE dans le pays même. Par exemple, si l'obstacle réside dans la perception d'un excès de bureaucratie, la zone franche, afin d'attirer cet investissement potentiel, mettra en avant l'indépendance de sa gestion et sa liberté par rapport à l'environnement bureaucratique. Si une autre crainte naît de la tradition syndicale revendicative de la main d'œuvre locale, la zone insistera sur la réglementation stricte des conditions déterminant les relations de travail Ou encore, si le pays hôte est jugé insuffisamment pourvu en infrastructures modernes nécessaires au soutien de l'activité industrielle, la zone pourra répondre à cette préoccupation des firmes étrangères en renforçant ses organisations de services et d'infrastructures.* »⁷¹³.

⁷¹⁰ Voir l'exemple « historique » des pays dragons asiatiques en matière de « *protection et de promotion des IDE sous forme de Zones franches, zones économiques spéciales ZES* » analysés par Linda Y.C Lim & Pang E. Fong « *L'investissement direct étranger et l'industrialisation en Malaisie, A Singapour, A Taiwan et en Thailand* » étude du Centre de développement OCDE Paris 1991 p.37 et s.

⁷¹¹ Voir Johary H. Ravaloson « *Le régime des investissements directs dans les zones franches d'exportation* » Préface de Brigitte Stern, Paris Ed l'harmattan, 2004, voir P.Lorot et Th. Schwob « Les zones franches dans le monde, Paris Documentation française 1987, voir CNUCED, « *Les zones franches de transformation pour l'exportation dans les pays en développement, incidences sur les politiques commerciales et les politiques d'industrialisation* », TD/B/C. 2/24/Rev.1 New York 1985 ; « *Sénégal : la Zone franche industrielle et les possibilités d'une zone de développement économique* », rapport final USAID aout 1991 pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABJ118.pdf

⁷¹² Voir Etudes du Centre de développement de l'OCDE « *Investir dans les zones franches industrielles d'exportation* » par Antoine Basile et Dimitri Germidis,, 1984 pp.24-25

⁷¹³ Voir la Documentation française Notes et études documentaires P. Lorot et TH. Schwab « *Les zones franches dans le monde* » n°4829, Paris la Documentation n° 4829, 1987 p.50

311. Ce modèle d'investissement se révèle une pratique attractive dans les pays de cette sous-région. Dans la mesure où les investissements étrangers qu'on y réalise sont essentiellement destinés aux marchés étrangers c'est-à-dire à l'exportation : « *Ce régime s'applique aux investissements réalisés par des promoteurs quel que soit leur nationalité, dans des activités principalement tournées vers l'exportation* »⁷¹⁴ Dans le contexte de la protection des investissements étrangers en Afrique de l'ouest l'on peut se demander si l'existence d'une « attractivité à deux vitesses » ne risque pas de compromettre l'émergence d'une « attractivité à forte vitesse ». Ce qui marque et souligne l'originalité de ce modèle juridique d'investissement, c'est le régime fiscal qui lui est appliqué.

2) La particularité du régime fiscal appliqué

312. Le propre d'une zone franche : industrielle ou à statut économique spéciale est la souplesse, l'efficacité et les facilités du régime fiscal. Cette souplesse fiscale consiste à octroyer des avantages- exonérations nette d'impôt pour toutes les catégories de production et de droit de douanes et de taxes pour les importations de matériels. A ce niveau, il y a dans la pratique une consécration de faite de deux territoires fiscaux : celui traditionnel avec ces difficultés et obstacles et celui récent avec les facilités et exonérations de diverses sortes. Un auteur a pu parler de « course vers le bas » et un conflit entre les États car « *si les pays ont collectivement intérêt à ne pas s'engager dans une guerre de surenchère (pour attirer les investissements), chaque pays s'engage quand même dans ce processus car il craint que, s'il ne le fait pas, les investissements se détournent vers les pays qui offrent davantage d'incitations aux investisseurs* »⁷¹⁵. Dans le contexte juridique de la protection, les pays d'Afrique de l'ouest adoptent un environnement fiscal lié aux zones franches les plus attractifs. Dans un pays enclavé comme le Mali « *Les entreprises nouvelles agréées au régime des zones franches, sont, au titre de leurs activités, exonérées de tous impôts, droits et taxes à caractère fiscal, parafiscal et douaniers pendant trente ans* »⁷¹⁶ De même, les personnes physiques(personnel étranger) qui y travaillent sont concernées par cette souplesse fiscale « *Le personnel étranger recruté par l'entreprise franche est assujetti à un régime forfaitaire de l'impôt sur le revenu global fixé à 15% du montant de sa rémunération* »⁷¹⁷.

313. Comme pour rassurer davantage les investisseurs qui s'y implantent, il est consacré légalement que les relations d'affaires entre les entreprises soumises à statut franche et les entreprises implantées sur le reste du territoire sont régies par les instruments du commerce

⁷¹⁴Voir article 15 « *Du régime des zones franches* » du Décret n°95-423/P-RM du 6 décembre 1995 fixant les modalités d'application de la loi portant Code des investissements Modifié par le Décret n°05-553/P-RM du 27 décembre 2005

⁷¹⁵Voir Oman Charles, « *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ?- Une étude de la concurrence entre gouvernements* », Centre de Développement, OCDE, Paris, 2000 cité par J.H. Ravaloson « *Le régime des investissements directs étrangers dans les zones franches d'exportation* », Paris éd l'harmattan, 2004 p.171

⁷¹⁶Voir article 16 Décret n°95-423/P-RM du 6 décembre de la République du Mali fixant les modalités d'application de la loi portant Code des investissements Modifié par le Décret n°05-553/P-RM du 27 décembre 2005 Cet article dispose al 2 « *Toutefois, ces entreprises demeurent soumises au régime de droit commun pour les ventes réalisées sur le territoire national* »

⁷¹⁷Article 18 ibid

international⁷¹⁸. Le maître mot dans ce modèle d'investissement est la flexibilité. En effet, elle conditionne l'efficacité de la zone qui vise aussi entre autres à contourner la rigidité des règles de la fiscalité traditionnelle, du droit du travail et des normes sociales et même environnementales. Cette recherche frénétique de flexibilité est analysée par l'auteur Johary H. Ravaloson : « *Lorsque les investisseurs sont libres de leur mouvement, les travailleurs et leurs syndicats se trouvent face à une double contrainte. Plus ils obtiennent du succès, que ce soit dans leurs négociations directes avec les employeurs, ou que ce soit par l'adoption de législations protectrices, plus il y a des risques que le capital se délocalise. Et, en ce sens, pour les investisseurs, les zones franches d'exportation semblent l'endroit idéal pour se relocaliser. La caractéristique la plus souvent dénoncée des zones franches est, nous le rappelons, le relâchement de la protection des travailleurs ; que ce soit parce que les zones sont délibérément exclues du domaine d'application du droit social commun, pour tout ou en partie, ou que ce soit parce que les lois sociales n'y sont point appliquées* »⁷¹⁹.

314. Malgré ce traitement législatif et fiscal privilégié, il faut dire que les entreprises ayant le statut de zone franche sont aussi- au même titre que celles inscrites dans le régime du Code- soumises aux obligations de diverses natures en vue de rendre conformes leurs agissements avec les lois générales et particulières du pays d'implantation⁷²⁰. Certains pays d'Afrique de l'ouest ont tenté l'expérience de ce modèle pour attirer les investisseurs étrangers.

3) Les exemples de zones franches du Nigéria, du Togo et du Sénégal

315. En Afrique de l'ouest c'est le Sénégal en 1974⁷²¹-suivi en 1975 par le Libéria⁷²²-qui est le pionnier de la création de zones franches industrielles et commerciales. Prenant conscience de la souplesse du modèle des zones franches, d'autres pays de la sous-région ont suivi les exemples du Sénégal et le Libéria : il s'agit du Mali et du Nigéria en 1991, le Ghana

⁷¹⁸ Article 18 du Décret Malien précité l'affirme : « *Les relations commerciales entre les entreprises franches et celles implantées sur le territoire national sont régies par les dispositions relatives au commerce extérieur* »

⁷¹⁹ Voir J.H. Ravaloson ibid pp.173-174

⁷²⁰ Le Décret n°95-423/P-RM du 6 décembre 1995 fixant les modalités d'application du Code des investissements du Mali stipule dans son article 19: « *Les entreprises franches, au cours de leur exploitation, sont tenues aux obligations suivantes- tenue d'une fiche de production ;*

. déclaration mensuelle des stocks tant pour les matières premières et consommables que pour les produits finis ;
. protection de l'environnement ;

. offre sur le marché malien de produits conformes aux normes internationales ;

. réalisation d'infrastructures permettant à l'administration de procéder au contrôle des opérations d'importation, de stockage, de transformation des intrants et des opérations d'exportation des produits finis ;

. collecte et reversement de l'impôt général sur le revenu(IGR) ;

. tenue d'une comptabilité complète, sincère et probante ;

. tenue d'une comptabilité séparée pour les ventes réalisées sur le marché national »

⁷²¹ Par la Loi n°74-06 du 22 avril 1974 portant zone franche industrielle de Dakar

en 1995, la Gambie en 2002, la Côte d'Ivoire en 2004, le Bénin en 2005⁷²³. Le Sénégal a motivé sa décision de créer sa zone franche afin de maximiser ses avantages en matière d'investissement à savoir la stabilité politique légendaire⁷²⁴, proximité géographique avec les pays émetteurs d'investissements, position géographique privilégiée en Afrique, membre de la zone franc avec une stabilité monétaire et infrastructures en relative bon état. Le Togo aussi s'y est mis afin de maximiser ses avantages comparatifs (pays entrepôt carrefour en Afrique de l'ouest, possession d'infrastructures de taille (Port de Lomé). La volonté d'offrir un outil privilégié de protection juridique des investisseurs étrangers sous un format allégé et des procédures rapides ne s'est pas couronnée avec autant de succès.

316. Le succès mitigé -de ces zones franches- est dû à plusieurs facteurs à la fois juridico-institutionnel, mais aussi économiques et logistiques. D'après une étude de l'Agence Américaine de développement International (USAID) les administrations de la Zone Franche ont failli. Citant l'exemple du Sénégal, l'Agence avance : « *Quoi qu'il fut impossible de faire une analyse minutieuse de cette institution durant la mission sur le terrain entreprise pour cette étude, il est tout à fait évident que l'autorité de la zone franche n'assure pas ses responsabilités de manière efficace. Quoi que l'autorité de la zone franche compte un personnel de plus de cinquante employés, la zone est mal gérée et mal entretenue, la promotion de la Zone franche industrielle de Dakar n'est pas très efficace et l'assistance administrative apportée aux industries de la zone franche n'est pas adéquate* »⁷²⁵. Cet exemple mitigé aussi peut être appliqué à celui du Togo. En effet, à l'origine ce projet d'attractivité était conçu pour faciliter (selon des procédures simples et allégées) l'implantation des capitaux, technologies et savoirs faire extérieurs. Seulement, l'excès de bureaucratie et l'absence de ressources humaines qualifiées ont eu raison du « modèle togolais »⁷²⁶. L'étude de la protection juridique des investissements dans un continent comme l'Afrique et-particulièrement dans sa partie ouest- ne saurait se faire se limitant à ces instruments juridiques internes que sont les -Codes des investissements- certes importants et de haute portée, sans examen de leur caractère limité fait des insuffisances manifestes qu'il faut également examiner

⁷²³ Voir Elise Panier « *Les zones franches d'exportation dans les pays en développement Aspects locaux de la « déterritorialisation » d'un espace au profit de l'investisseur l'exemple du Togo* » www.jurisdctorial.net/pdf/numero10/aut10.panier.pdf Jurisdoctoria n°10, 2013 ,22pages p.7

⁷²⁴ Parmi les « + » du Sénégal par rapport aux autres pays d'Afrique de l'ouest en matière d'environnement juridique et institutionnel relatif aux IDE, c'est la « stabilité politique » qui se matérialise par l'absence de conflit civil et l'inexistence de changement anticonstitutionnel de gouvernement depuis les indépendances à nos jours.

⁷²⁵ Voir Rapport de l'USAID « *Sénégal : la Zone Franche Industrielle et les possibilités d'une zone de développement économique* » Aout 1991 pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABJ118.pdf

⁷²⁶ Ce point de vue est résumé par l'auteur français Elise panier qui- dans une étude sur la ZFI au Togo- souligne : « *Les ambitions d'une zone franche qui devait contribuer à résoudre les problèmes qui accablaient les populations et permettre au secteur industriel du pays d'accéder à de nouvelles formes de technologie et des connaissances techniques sont pourtant loin d'être atteintes. La séparation partielle suggérée par le dispositif d'origine étatique est devenue création de deux types d'habitants sur le sol de l'Etat dans un contexte socio-économique et sociopolitique déjà mal en point* » voir E. Panier p. 10 op.cit. ; p.62

W- Paragraphe 3 les critiques, insuffisances et perspectives de la protection des IDE par les Codes d'investissement

Dans ce cas, il y a les critiques procédurales qu'on peut faire de ces instruments (A) mais aussi des critiques et des perspectives de fond des cadres juridiques internes (B).

A : Les critiques procédurales des Codes d'investissement

Parmi ces critiques, il y a l'absence de préambule quant à l'objectif de ces instruments internes (1), la faiblesse institutionnelle du suivi des investissements agréés (2) et les formulations vagues en matière de règlement des différends (3).

1) L'absence de préambule quant à l'objectif de ces instruments internes

317. Les textes juridiques internes relatifs aux investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest sont marqués par une faible densité quant aux objectifs, politiques que les États espèrent des sources de financement comme les IDE⁷²⁷. En effet, dans la tradition juridique française (reprise par l'écrasante majorité des pays d'Afrique de l'ouest), la loi est conçue et présentée dans sa forme et dans son fond par l'existence d'un « *exposé des motifs* » (l'amont de loi) et d'un corps de texte contenu (l'aval de la loi). L'exposé des motifs est important puisqu'il énumère les motivations de la Loi, ses objectifs politiques, économiques, de développement⁷²⁸ et autres et le contexte général de son adoption. Dans un pays comme la France, le préambule a été reconnu comme partie intégrante de la constitution par le juge constitutionnel français.⁷²⁹ Par conséquent, le fait qu'une loi, quelle qu'elle soit, soit accompagnée d'une « explication en amont » est une tentative de clarification et de lisibilité. Dans les pays de la sous région ouest africaine, on a du mal à comprendre : comment des lois, et -d'une certaine manière des lois pas comme les autres, vu les enjeux liés aux investissements,- ne disent rien pratiquement sur les intentions, attentes et perspectives liées à l'accueil, le traitement et la protection des investissements étrangers dans le contexte de ces pays.

318. Pourquoi un « *exposé des motifs* » « préambule » n'est pas venu expliquer la portée, le sens et le contexte de ces instruments. Surtout dans un contexte, où l'ouverture est prônée pour pouvoir bénéficier des bienfaits- des capitaux, technologies et savoirs faire extérieurs- la

⁷²⁷ Instruments juridiques par excellence libéraux et pro business, ces textes législatifs souffrent des insuffisances de formes : absence d'exposé des motifs pour décrire les objectifs, le nombre très bas d'articles et des insuffisances de fond : avantages substantielles (Garanties, principes etc.) octroyés aux investisseurs étrangers, privilèges de juridictions octroyés à l'investisseur étranger par le biais de l'autorisation de saisine d'un Tribunal arbitral Voir un exemple de Code celui du Sénégal « Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal »

⁷²⁸ Voir (NI. Monebhurrin « *La fonction du développement dans le droit international des investissements* », Paris éd. L'harmattan, 2016 p.34

⁷²⁹ Juge constitutionnel français a précisé la portée juridique du préambule de la Constitution de la Ve République (1958-) à travers la *Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971 CC « Liberté d'association »* reconnaît le préambule et les principes qui y sont énoncés comme faisant partis du « *bloc de constitutionnalité* » Voir www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-per-date/decisions-depuis-1959-44-dc/decision-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html

mondialisation économique. Nonobstant la forme, le fond du contenu de ces instruments internes fait naître une ambivalence entre nécessité d'attractivité des pays -au sens large- et volonté de contrôle de l'entrée des investissements. En effet, l'instrument juridique à lui seul est incapable de séduire les investisseurs et accélérer l'installation des entreprises étrangères à un rythme cadencé. Il y a d'autres facteurs extra-juridiques tout au plus important. Philippe Kahn le décrit à travers deux remarques de l'ordre pratique et de l'ordre juridique : « *Tout d'abord ces politiques législatives, si elles répondent dans une certaine mesure aux exigences des investisseurs, ne suffisent pas à elles seules à rendre un pays attractif. De nombreux autres facteurs entrent en ligne de compte de nature économique plus que juridique tels que la taille des marchés, le coût de la main- d'œuvre, son niveau technique, les ressources locales, les voies de communication, etc....La deuxième remarque concerne son évolution dans certains codes qui semblent marquer un retour à des textes plus contraignants notamment en matière de contrôle de l'entrée de l'investissement étranger ou des avantages accordés* »⁷³⁰ . La vision simpliste et légère de la forme actuelle des Codes doit être profondément revue et corrigée. En effet, en lieu et place de la prévision des « *objectifs et définitions ; du Champ d'application ; des garanties, droits et libertés accordées aux investisseurs ; des obligations des investisseurs ; des régimes d'incitation et de privilèges et du système de règlement des différends* »⁷³¹, les Codes devront innover dans l'avenir en détaillant les attentes des États sur l'apport des capitaux extérieurs sur divers plans comme : le modèle juridique de création d'entreprise, le type de partenariat souhaité entre firmes locales et entreprises étrangères, l'apport en technologie, l'effet d'entraînement pour le reste de l'économie locale, le respect du « bien commun » et un cadre réglementaire fort, efficace et non discriminatoire. Le flou au niveau des objectifs poursuivis montre que la démarche politique adoptée par ces pays ne le permettent pas de bénéficier des retombées des IDE et surtout de protéger globalement et de façon les investisseurs étrangers. Il y a un autre facteur tout à fait dommageable dans l'environnement juridique des investissements étrangers, c'est la faiblesse institutionnelle du suivi post investissement.

2) La faiblesse institutionnelle du suivi des investissements agréés

319. L'investissement étranger (quel que soit sa nature et ses objectifs) obéit toujours à une procédure qui –va de l'entrée, à l'autorisation, à la délivrance de privilèges et d'avantages, au démarrage et éventuellement le contentieux-. L'investisseur étranger, n'est pas n'importe quel acteur. Il a un statut bien déterminé par les lois et règlements en vigueur. Ces devoirs obtenus- en vertu de ce dit statut- ne vont pas sans obligations, comme précédemment examiné⁷³². Ces dernières sont, pour rappel, le respect des lois et règlements nationales en vigueur dans le pays d'implantation, l'adéquation avec les politique publiques de développement interne et, au plan financier,- s'acquitter des impôts auxquels l'investisseur est assujetti et la tenue et d'une

⁷³⁰ Voir (Ph.Kahn) « *les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux* » 2004 Ed. Académie de droit international de la Haye, 2006 p.23

⁷³¹ Tous les Codes d'investissements de ces pays ne prévoient généralement que ces genres de dispositions. Voir un d'entre eux celui du Niger « *Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger*

⁷³² Supra

comptabilité faisant apparaître la traçabilité des mouvements financiers. Toutefois, dans le régime juridique de la protection des investissements,- il y a un hiatus entre le dire et la pratique textuelle en cas de manquement à ces obligations. En effet, il est rare qu'un investisseur soit interpellé suite à un manquement, une action ou une omission liée au non respect du cahier de charge de départ. Le suivi n'est pas assuré dans la plupart du temps entre les facilités octroyées et les avantages reçus par les pays. Sur ce point, l'exemple du Sénégal est patent : *« Le déséquilibre entre les engagements de l'Etat d'accueil et les avantages accordés à l'investisseur, est d'autant plus grave que la quasi-majorité des spécialistes sont sceptiques sur le caractère incitatif des avantages notamment fiscaux accordés à l'investisseur. D'ailleurs sur ce plan, les moins values budgétaires ralentissent fortement les investissements publics. Au bout de dix ans d'application du Code, rien qu'au titre des exonérations fiscales l'Etat du Sénégal a perdu un minimum de trente-cinq à quarante milliards de francs C.F.A. »*⁷³³.

320. Dans le cadre des pays d'Afrique de l'ouest, le suivi est assuré par des institutions administratives spéciales⁷³⁴. La faiblesse du suivi des investissements étrangers agréés est due à une exécution très médiocre des lois et règlements de la part des administrations publiques nationales. Ce qui dénote une globalité faible de la protection. Il y a aussi la faible capacité institutionnelle et de régulation des structures chargés du contrôle à priori et à posteriori de l'investissement et des investisseurs étrangers. Pourtant, les instruments juridiques sont clairs sur la nécessité du respect des devoirs et des obligations de la part de tout investisseur qui s'implante dans un de ces pays. Cette nécessité du suivi et du respect des obligations des entreprises agréées déjà examiné dans les textes (supra) a été rappelée par le Code des investissements du Mali qui, semble être l'instrument qui, l'a le plus détaillé⁷³⁵. Cette disposition très détaillée du Code du Mali illustre- si besoin en était- que la nécessité du suivi

⁷³³ Voir (B.) Niane « *Le régime juridique et fiscal du Code des investissements au Sénégal* » Ed. NEA & A. Pedone 1976 p.163

⁷³⁴ Dans un pays comme la Côte d'Ivoire : « *L'Organisme national chargé de la promotion des investissements (CEPICI), donne son avis technique sur chaque programme d'investissement et sur les projets implantés dans les espaces économiques spéciaux. L'agrément à l'investissement est accordé par décision de l'Organisme national chargé de la promotion des investissements dans un délai de dix-neuf jours ouvrables à compter de la date de délivrance de l'attestation de recevabilité ...* » voir article 39 de l'Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire

⁷³⁵ « *Les entreprises au Mali doivent être installées conformément au schéma directeur de l'urbanisme de leur lieu d'implantation et sont tenues, en outre, aux obligations suivantes : se conformer à la législation du Mali, notamment en ce qui concerne les textes et règlements régissant le fonctionnement des entreprises, le respect de l'ordre public, la protection des consommateurs et de l'environnement ; tenir une comptabilité régulière et probante et suivant le plan comptable agréé conformément à la législation et à la réglementation en vigueur ; fournir les documents comptables et financiers , les rapports d'exécution sur l'investissement, l'emploi, le financement national et étranger, aux autorités compétentes conformément à la législation fiscale. En outre, les entreprises agréées doivent pendant du régime sous lequel elles sont placées : respecter strictement les programmes d'investissement et activités agréés ; être préalablement autorisées par la structure chargée d'octroyer l'agrément avant de procéder à toute modification des programmes d'investissement et activités agréés ; se conformer aux règlements techniques et normes de qualité applicables aux biens et services, objet de leurs activités ; respecter la réglementation et les procédures légales de création d'emploi ; -Employer en priorité les Maliens à égalité de compétence et organiser la formation et la promotion des nationaux au sein de l'entreprise ; mettre en place une gestion saine et transparente conformément aux règles morales régissant une entreprise citoyenne... » Voir article 28 de la Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali*

et de la veille législative et réglementaire sur l'investissement agréé, sont devenues essentielles pour ces pays. De nos jours, le suivi effectif est devenu condition sine qua non pour éviter les abus (failles législatives au niveau du contrôle) liés à la violation des lois et règlements pertinentes en matière de protection des investissements. De même dans la forme de ces instruments internes de protection, le système de règlement des différends est formulé de manière assez vague

3) Les formulations vagues sur le plan du règlement des différends

321. La première observation qu'on note en épluchant les textes africains relatifs aux règlements des différends Etat/ investisseur(s), c'est l' « exclusion » des juridictions internes à connaître du contentieux relatif aux investissements étrangers.⁷³⁶ Comme les articles des Codes des pays d'Afrique de l'Ouest relatifs au règlement des différends sont construits de façon succincte, le règlement à l'amiable y est mentionné superficiellement : « *Tout différend entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République du Mali relatif à l'interprétation du présent Code fera au préalable l'objet d'un règlement à l'amiable entre les parties* »⁷³⁷. Or, dans le régime juridique du règlement des différends, il n'est pas compréhensible, -vu les risques éventuels et le coût de l'arbitrage- que ces États n'insistent pas beaucoup sur le pouvoir et les immenses possibilités du règlement à l'amiable des différends. Cela est d'autant plus important que les deux acteurs y gagnent : à l'Etat national d'accueil de l'investissement -possibilité de préserver le calme de son environnement juridique, la sécurité juridique pour ne pas faire fuir les investisseurs, et- aux entreprises étrangères -qui se préservent ainsi de la mauvaise publicité d'un contentieux, et celui du risque de mauvaise réputation dans les grands investissements.

322. Dans le contentieux d'arbitrage du CIRDI, beaucoup d'affaires africaines ont été réglées selon le procédé à l'amiable et de la conciliation⁷³⁸. De même certains textes mal

⁷³⁶ A l'exception notable d'un pays comme la République du Togo où la législation sur les investissements étrangers accorde une place et une compétence des juridictions locales à connaître du contentieux dans une panoplie de procédures. En effet, l'article 8 de la Loi n°2012-001 portant Code des investissements du Togo du 20 janvier 2012 dispose : « *Tous différends entre l'entreprise ou l'investisseur et le ou les États d'une part, ou entre Etats d'autre part, au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent Code, qui n'auraient pas pu aboutir à un règlement amiable, pourront être soumis : a. aux juridictions nationales de droit commun ; b. à la Cour d'arbitrage du Togo(CATO) ; c. à la Cour de justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine(UEMOA) ; d. à la Cour de justice de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest(CEDEAO) ; e. à la Cour Commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires(OHADA) ; f. au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements(CIRDI) ; g. à toute autre instance arbitrale de leur choix ou qui aurait été expressément prévue soit dans un contrat en vertu d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, soit en vertu d'un T.B.I. dont la personne physique ou morale étrangère concernée est ressortissante* »

⁷³⁷ Voir article 29 de la Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali

⁷³⁸ Voir CIRDI affaire « *Antoine Goetz et Consorts c. République du Burundi ARB/95/3* (décision du 2 septembre 1998 – Sentence du 10 février 1999 incorporant le règlement à l'amiable intervenu entre les parties Tribunal non constitué désistement de l'instance arbitrale) ; CIRDI *Compagnie française pour le développement des fibres textiles c. République de Côte d'Ivoire Aff n° ARB/97/8* clause compromissoire –Sentence du 4 avril 2000 incorporant le règlement à l'amiable intervenu entre les parties ; CIRDI *Société KUFPEC(Congo) Limited c. République du Congo Aff. N°ARB/97/2* (Clause compromissoire) : décision Ordonnance du Secrétaire Général du 8 septembre 1997 prenant note du désistement de l'instance d'arbitrage ; CIRDI « *ALmende SA c. République*

rédigés peuvent être sources de problèmes quant s'éclate un contentieux en vue de saisir ou non l'arbitrage. C'est le sens du Code Togolais- dont la partie relative au règlement des différends- reconnaît le droit de requête d'arbitrage des actionnaires minoritaires en cas de violation de leurs droits : « *Les personnes physiques ou morales étrangères participant au capital et à la gestion d'une société de droit togolais peuvent avoir recours au CIRDI pour les différends visés à l'alinéa 1 de l'article 8 qui surgiraient entre ladite société et la République togolaise* »⁷³⁹. Ici, non seulement, une faible place est réservée à la phase pré contentieux, mais on consacre dans la disposition une possibilité de contentieux beaucoup plus à la quelle l'Etat d'accueil peut être victime notamment la facilité avec laquelle, les petits actionnaires peuvent attirer l'Etat devant un tribunal arbitral. Le problème de ces instruments internes ouest africains, c'est que toute la procédure liée au règlement des différends relatifs à l'interprétation ou l'appréciation du Code est écrite de façon ramassée, le règlement à l'amiable par la conciliation et la médiation, le rôle des juridictions internes (par le biais de l'épuisement de toutes les voies de recours et de certains aspects du contentieux etc.) ont souvent été négligés. Le bon sens comportemental pour la prévention des différends(en vue d'avoir un climat des investissements serein et sécurisant judiciairement entre les acteurs) aurait voulu que les pays africains déterminent au préalable les catégories d'investissement (listées) susceptibles d'être déferées devant l'arbitrage et les autres qui ne le seraient pas. Dans le régime juridique de protection des investissements internationaux, les critiques et perspectives peuvent être aussi de fond.

B : Les critiques et perspectives de fond des cadres juridiques internes de protection

323. Elles sont nombreuses : il y a l'exception sécuritaire faiblement prise en compte (1), l'absence de secteur réservés et de référence stratégique au plan sectoriel (2), l'insuffisante prise en compte du facteur social et environnemental (3) et l'inexistence d'un fond d'investissement pour matérialiser les partenariats de financement (4).

1) La faible prise en compte de l'exception sécuritaire

324. En matière d'accueil, de promotion et de protection des investissements étrangers, les pays du monde entier sont en compétition en vue d'accueillir les entreprises, la technologie et le savoir faire. Seuls quelques rares pays comme la « Corée du Nord constituent un îlot de résistance ». Toutefois, l'investissement étranger a ceci de paradoxale : Dans beaucoup de pays, la législation permette, et est tout à fait ouverte à l'idée d'implanter une unité de protection créatrice d'emploi, mais par contre, certains pays sont particulièrement méfiants voire hostiles à l'idée d'investissement sous forme de rachat d'actifs et d'entreprises considéré comme hautement stratégiques. Le renforcement de l'arsenal législatif en vue de se protéger de certains investisseurs et investissements est un fait très notable dans plusieurs

de Gambie Aff n° ARB/99/5 Clause compromissoire) : décision du Tribunal du 3 mai 2001 prenant note du désistement de l'instance d'arbitrage.

⁷³⁹ Voir article 9 de la Loi 2012-001 portant *Code des investissements* de la République togolaise du 20 janvier 2012

législations contemporaines de pays avancés⁷⁴⁰. De grands pays n'hésitent pas à mettre en application des obstacles réglementaires de taille opposant même leur veto pour tout investissement dont l'agrément menace la sécurité nationale⁷⁴¹. Ce traitement sécuritaire vis-à-vis de l'investissement étranger (sous forme de rachat ou prise de contrôle d'entreprises) n'est pas seulement le propre des américains, d'autres pays en développement ou avancés le pratiquent⁷⁴².

325. Sur ce point, l'attitude d'un pays comme la France témoigne de l'ambiguïté existante parfois entre besoin de montrer son attractivité aux IDE et nécessité d'un réexamen froid de certains pour des motifs de sécurité⁷⁴³. Malgré le discours sur l'attractivité du/des pays et

⁷⁴⁰ Les nombreuses exceptions prévues en France par l'article 153-4 du Code monétaire et financier qui « énumère les situations d'investissement comme nécessitant une autorisation préalable lorsqu'elles sont à l'initiative d'une personne physique qui n'est pas ressortissante d'un État membre. Il y a le décret « anti OPA dans les secteurs stratégiques » Voir Serfati (C.) la « La France et les IDE : ampleur, effets et réglementations » in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » Sd Arès (M.) & Boulanger (E.) Bruxelles, éd. Bruylant, 2012 pp315-346 p336 et s.

⁷⁴¹ Charles Leben droit des affaires à évoquer et le CFIU De même que dans les ALE depuis l'ALENA et le modèle de TBI de 2004, celle-ci prévoit qu' : « aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée b) comme empêchant une partie de prendre toutes les mesures qu'elle estimera nécessaires pour remplir ses obligations se rapportant au maintien ou au rétablissement de la paix ou de la sécurité internationale ou à la protection de ses propres intérêts essentiels en matière de sécurité » US, 2003 a : article 21.2 . Plus « insécurisant » pour l'investisseur étranger, Dans les ALE signés depuis 2006 soit avec le Pérou, la Colombie, le Panama et la Corée, le bouchon est poussée un peu loin, la disposition se lit comme suit : « Pour plus de certitude, si une partie invoque(la sécurité essentielle) dans le cadre d'une procédure arbitrale initiée en vertu du (chapitre sur l'investissement), le tribunal(...) entendant l'affaire devra conclure que l'exception s'applique » eg. US ? 2006 : Article 22.2 », voir Gilbert Gagné « l'évolution de la politique américaine en matière de protection de l'investissement étranger » pp225-240 in « l'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » SD de Mathieu Arès et Eric Boulanger, Ed. De Boeck Bruylant, 2012 p.234

⁷⁴² C'est le cas du Canada qui a adopté une « loi sur l'examen de l'investissement étranger(LEIE) complétée par le Programme Énergétique national(PEN), une nouvelle politique fédérale sur l'énergie particulièrement défavorable à l'investissement étranger, qui visait essentiellement à « canadianiser » l'industrie gazière et pétrolière », La loi « sur les déclarations des personnes morales a exigé des filiales canadiennes de sociétés étrangères la fourniture régulière de certains renseignements notamment de nature financière ». Une politique d'examen et de notification est instaurée concernant l'acquisition d'entreprises canadiennes par des intérêts étrangers notamment « les fonds souverains en raison de l'opacité de leur structure sociale et des objectifs non commerciaux qu'on leur prête. La question s'est posée en 2004 avec le projet avorté d'acquisition de la société Noranda par la société d'Etat China Min-metals Corporation. Il y a un rajout à l'examen des investissements un « mécanisme sécuritaire qui soumet à un investisseur étranger un examen de sécuritaire de jusqu'à 45 jours après la réalisation de son investissement », voir Charles-E Coté « Le Canada et l'investissement direct étranger : entre ouverture et inquiétude pp.241-313 in Ibid l'ouvrage de Mathieu Arès et Eric. Boulanger p.251 et s.

⁷⁴³ L'exception sécuritaire devient de plus en plus un facteur très important en d'IDE : « l'article 153-4 du Code monétaire et financier énumère les situations suivantes comme nécessitant une autorisation préalable lorsqu'elles sont à l'initiative d'une personne physique qui n'est pas ressortissante d'un État membre
1 Activités dans le secteur des jeux d'argent ; 2. Activités réglementées de sécurité privée ; 3. Activités de recherche, de développement ou de production relatives aux moyens destinés à faire face à l'utilisation illicite, dans le cadre d'activités terroristes, d'agents pathogènes ou toxiques et à prévenir les conséquences sanitaires d'une telle utilisation ; 4. Activités portant matériels conçus pour l'interception des correspondances et la détection à distance de conversations, autorisées au titre de l'article 226-3 du Code pénal ; 9. Activités exercées par les entreprises dépositaires de secrets de la défense nationale notamment au titre des marchés classés défense nationale ; 10. Activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives destinées à des fins militaires ou de matériels de guerre... ; 11. Activités exercées par les entreprises ayant conclu un contrat d'étude ou de fourniture d'équipements au profit du

instruments internes relatifs à la protection de l'investissement, il faut dire que l'approche sécuritaire est au cœur des préoccupations de certains pays émetteurs comme récepteurs des investissements étrangers. Or, dans les pays d'Afrique de l'ouest, l'enjeu sécuritaire n'est pas pris en compte dans les instruments internes. L'enjeu sécuritaire n'est pas évoqué ici dans le sens physique ou militaire, mais dans son acception économique et surtout juridique en vue de protéger certaines entreprises, ressources minières ou secteurs d'activités de la mainmise étrangère via des investissements. Que ce soit dans le régime des privilèges, les conditions d'octroi de l'agrément, les différentes sortes de garantie accordées aux investissements et à l'investisseur étrangers, le champ d'application des Codes et les exonérations fiscales, rien n'indique que la « sécurité », dans son sens large et globale, soit la marque de réserve de ces textes protecteurs. En vue de protéger, certains secteurs internes, tout en maintenant l'attractivité juridique et l'ouverture du/des pays, ces derniers doivent envisager des stratégies d'investissement consacrant pleinement « *l'exception sécuritaire* »⁷⁴⁴ comme une réalité de toute politique d'investissement en vue d'obtenir une protection globale des investissements. Toujours dans la même veine, il y a l'absence de *secteurs réservés* et/ou *stratégique* dans les instruments juridiques de protection des investissements étrangers.

2) L'absence de secteurs réservés et de référence stratégique au plan sectoriel

326. L'environnement juridique des investissements dépend de plusieurs facteurs, comme l'historique du comportement du/des pays vis-à-vis du capital étranger, les objectifs liés aux politiques de développement, la recherche de la technologie etc. De grands pays prônent l'ouverture tout en maintenant le désir de renforcer leur indépendance économique, c'est le cas de la Chine, dont la politique d'investissement obéit à une stricte réglementation au plan géographique- l'implantation au niveau des cotes privilégiée-, au plan sectoriel certains secteurs tels- les Télécommunications, les banques et assurances- sont interdites aux investisseurs étrangers et au niveau des pourcentages et barrières d'entrée- les joint-ventures avec un partenaire local sont privilégiés-⁷⁴⁵.

ministère de la Défense, soit directement, soit par sous-traitance, pour la réalisation d'un bien ou d'un service » voir Claude Serfati « *La France et les IDE : Ampleur ? Effets et Réglementations* » pp.315-346 Ibid p.336 et s. op cit p. 75

⁷⁴⁴ Qui est déjà une réalité dans certains pays pour protéger certains secteurs vitaux de certaines formes d'investissement Voir (G.) Gagné « *L'évolution de la politique américaine en matière de protection de l'investissement étranger* » pp.225-240 in « *L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* » Sd. M.Arès & E. Boulanger éd. Bruylant, 2012 p.234

⁷⁴⁵ Voir François Nicolas « *Chine et Investissements internationaux : vers une normalisation* », pp.411-434 : « *En application de la loi sur les coentreprises à capitaux chinois et étrangers (law of the PRC on joint ventures Using Chinese and Foreign Investment), promulguée en 1979, quatre zones économiques spéciales (ZES) sont mises en place : trois dans la province du Guangdong (Shenzhen, Zhuhai et Shantou) et une dans celle du Fujian (Xiamen). Le système de ZES est ensuite étendu à 14 villes côtières supplémentaires en 1984.* » Les principales instances chargées de contrôler les investissements étranger sont : « Le ministère du commerce (MOFCOM) la Commission d'Etat pour le développement et la réforme en Collaboration avec le MOFCOM « la NDRC est responsable de la publication du State Council, *Guidance of Direction of foreign Investment (Guide du conseil d'Etat pour l'orientation des investissements étrangers)*, un catalogue qui indique quels sont les secteurs ouverts ou restreints pour les entreprises étrangères. Ces directives sont extrêmement importantes, car une entreprise qui ne les respecterait pas risque d'être poursuivie et de perdre son autorisation d'exercer. » p.420 et s. Ibid

327. En Afrique de l'ouest, certes ces pays sont essentiellement importateurs de capitaux et de technologies et ont besoin de plus d'attractivité pour attirer d'avantage d'investissements étrangers, mais ce n'est pas une raison pour ne pas avoir des textes de rigueur avec une application rigoureuse de la part des administrations publiques. Dans ces pays, il n'a pas de barrière ni à l'entrée ni au niveau des pourcentages pour des secteurs stratégiques considérés comme étant de Souveraineté comme les ressources minières et l'énergie. De même, dans le domaine des bâtiments et travaux publics, il n'y a pas un partage des rôles (obligations de sous-traitance) entre les firmes étrangères et les firmes locales sur les appels d'offres concernant les grands travaux de Génie civil. Le dernier secteur, qui illustre les failles juridiques des Codes d'investissement, c'est le secteur des services. En effet, dans ce domaine si stratégique (Telecom, les établissements bancaires et d'assurances) non seulement, les entreprises peuvent détenir 100% du capital, mais le dispositif de régulation des services est faible⁷⁴⁶. Même si certaines conventions internationales en l'occurrence celle instaurant l'OMC prône une ouverture commerciale du secteur des services. Néanmoins, cette contradiction frappe beaucoup de pays prônant l'accueil des IDE tout en mettant des « obstacles juridiques », et les pays d'Afrique de l'ouest ne sont pas en reste. Ainsi, Vouloir réserver des secteurs importants et stratégiques aux seuls nationaux où instaurer un pourcentage minimum dans le capital de ces sociétés, serait considéré comme une pratique repoussoir en matière de traitement et de protection des investissements étrangers.

328. C'est la raison pour laquelle, certains instruments de pays prônent non seulement l'égalité de traitement, mais le droit pour les entreprises étrangères de participer au marchés publics : « *Les personnes physiques ou morales visées à l'article premier du présent Code peuvent, dans le cadre des lois en vigueur, acquérir tous les droits de toute nature en matière de propriété, de concessions et d'autorisation administrative et participer aux marchés publics* »⁷⁴⁷. Dans ce cas, le Code de la Guinée relatif aux investissements a innové en considérant l'existence de « secteurs d'activités soumis à une réglementation technique »⁷⁴⁸. Le législateur guinéen va plus loin en instaurant parallèlement la notion de *secteurs d'activités réservés* dans des domaines- certes modestes de la presse et des programmes radio- mais significatif de la volonté de régir un secteur de nos jours en plein bouleversement dans les différents pays de la sous région ouest africaine : « *Les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère ne peuvent détenir, directement ou à travers des sociétés de droit guinéen, plus de 40% des titres sociaux d'entreprises engagées en Guinée dans les activités suivantes : - la publication de quotidiens ou périodiques d'information générale ou politique ; - la diffusion de programmes télévisés ou radiophonique. La direction effective des entreprises visées à l'alinéa précédent est assurée par des personnes physiques de nationalité*

⁷⁴⁶ Voir la Loi L/2015/n°008/AN du 25 mai 2015 portant *Code des investissements* de la république de Guinée

⁷⁴⁷ Voir article 9 de la n°2004-06 du 6 février 2004 portant *Code des investissements* du Sénégal

⁷⁴⁸ L'article 5 de la Loi L/2015/N°008/AN du 25 mai 2015 portant *Code des investissements* de la République de Guinée stipule : « *Les personnes physiques ou morale de droit privé, quelle que soit leur nationalité, ne peuvent entreprendre sans autorisation sur le territoire guinéen des activités dans les secteurs suivants :- la production et la distribution d'électricité, sauf pour la satisfaction de leurs besoins personnels ; - la distribution d'eau courante, sauf pour la satisfaction de leurs besoins personnels ; - les banques et assurances ; - les postes et télécommunications ; - la fabrication, l'achat et la vente d'explosifs, d'armes et de munitions ; - la santé, l'éducation et la formation ; - la fabrication, l'importation et la distribution de médicaments et produits toxiques et dangereux.* »

guinéenne résidant en Guinée. »⁷⁴⁹. Le facteur social et environnemental est certes pris en compte, mais de façon assez timide et pas dans toute la procédure de l'investissement.

3) L'insuffisante prise en compte du facteur social et environnemental

329. Le droit international des investissements étrangers demeure marqué par le pragmatisme de ses règles, principes et normes jusqu'ici orientées dans le sens de la protection plus des intérêts des investisseurs que des acteurs Étatiques. C'est ce qui illustre le caractère non global de la protection. Dans ce contexte, certains États d'Afrique de l'ouest font du souci social et environnemental un objectif certes important, mais secondaire comparé à la nécessité d'accueillir plus d'investissement. Le droit de l'environnement n'est qu'exhortatif dans les pays d'Afrique de l'ouest au lieu d'être obligatoire et sanctionné. La loi ivoirienne illustre bien cette timidité sur les questions sociales et environnementales : « *Les investisseurs bénéficiant d'avantages institués par le présent Code sont tenus de se conformer aux normes techniques, sociales, sanitaires et environnementales, nationales ou, à défaut, internationales applicables à leurs produits, services et environnement de travail...* »⁷⁵⁰. Même s'il faut souligner qu'il y a parfois un traitement différencié des questions environnementales. En effet, le Mali adopte une démarche dépassant la simple conformité au texte de référence, et, au contraire, exige une soumission à une étude d'impact : « *Avant le début de tous travaux de réalisation, l'entreprise agréée est tenue de soumettre son projet à une étude d'impact environnemental et social sous peine de nullité de l'agrément conformément à la législation et à la réglementation en vigueur* »⁷⁵¹.

330. Le manque d'intérêt sur la question environnementale et sociale risque de rattraper les pays de la sous région, car respecter et observer rigoureusement les normes sociales et environnementales internationales n'empêche en rien l'attractivité et le dynamisme de l'environnement juridique régional ou de chaque pays en matière d'investissement étranger. Surtout dans le contexte où faire des affaires doit être concilié avec la nécessité du développement durable. Dans le principe 3 de la Déclaration de Rio, la conception globale du développement durable est soulignée par les États dans « la nécessité d'intégrer davantage les aspects économiques, sociaux et environnementaux du développement durable à tous les niveaux, et reconnaissons les liens qui existent entre ces divers aspects, de façon à assurer un développement durable dans toutes ses dimensions »⁷⁵². La question sociale et environnementale mérite une grande considération. Elle doit être au cœur des pratiques d'investissement entre États d'Afrique de l'ouest et les entreprises étrangères surtout dans le

⁷⁴⁹ Voir article 6 « secteurs d'activités réservés Ibid.

⁷⁵⁰ Voir article 24 de l'Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant *Code des investissements* en Côte d'Ivoire. L'article 27 stipule de façon laconique : « *Les investisseurs sont tenus de se conformer à la législation nationale en matière d'environnement* »

⁷⁵¹ Voir article 27 de la Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant *Code des investissements* du Mali

⁷⁵² La Déclaration finale de Rio +20 de 2012 intitulé « *L'Avenir que nous voulons* » dispose dans son principe 1. « *Nous, chefs d'Etat et de gouvernement et représentants de haut niveau, réunis à Rio de Janeiro (Brésil) du 20 au 22 juin 2012, avec la participation pleine et entière de la société civile, renouvelons notre engagement en faveur du développement durable et de la promotion d'un avenir durable sur les plans économique, social et environnemental, pour notre planète comme pour les générations actuelles et futures* »

contexte marqué par des bouleversements environnementaux sans précédents consécutifs aux changements climatiques⁷⁵³. Le dernier facteur qui démontre les insuffisances manifestes des instruments juridiques internes, c'est l'absence d'un fonds d'investissement pour matérialiser les investissements avec les partenaires extérieurs.

4) La nécessité d'un fonds d'investissement pour matérialiser les partenariats d'investissement prévus par les Codes

331. Les infrastructures financières (structures bancaires, d'assurances, investisseurs institutionnels, fonds de pension et marchés des capitaux) sont rudimentaires voire inexistants dans certains pays⁷⁵⁴. Les potentiels investisseurs étrangers ont des difficultés pour se financer sur place et démarrer leurs activités. Certes, les États ont fait beaucoup d'efforts pour faciliter aux investisseurs étrangers le financement de leurs investissements par : « *L'accès aux devises (qui) n'est pas limité. Aucune restriction ne peut être faite aux investisseurs pour l'obtention de devises nécessaires à leurs activités. Les investisseurs, à condition de respecter la réglementation des changes, ont librement accès aux devises, pour notamment : -assurer les paiements courants ; - financer leurs fournitures et prestations diverses de services réalisés avec des personnes physiques ou morales étrangères.* »⁷⁵⁵ La nécessité d'un fonds d'investissement qui s'occupe de la participation au niveau des financements des investissements avec les entreprises étrangères (sous forme minoritaire, apports financiers et préparation techniques financières des projets de haut niveau bancable et ayant un impact socio-économique important) s'impose devant la perception élevée du risque-pays des pays de la sous région ouest africaine. Ce fonds d'investissement peut être régional à long terme.

332. Mais au plan pratique, à court et moyen terme, certains pays peuvent se doter d'une telle structure pour renforcer leur attractivité. Ce ou ces fonds peut ou peuvent servir de catalyseur pour redynamiser et transformer sur le long terme, les termes du partenariat⁷⁵⁶. Il peut démarrer par l'organisation de partenariat technique et dynamique sur les *très petits investissements (T.P.I)* concernant les PME-PMI locales et étrangères. Le fonds en question pour financer les investissements sera alimenté par les surplus liés aux exportations, les fonds des retraites etc. Sur ce point, il est important d'innover juridiquement, en transformant la nature et la structure juridiques des caisses des dépôts et consignations en des Fonds

⁷⁵³ N-U *L'Accord de Paris du 12 décembre 2015 sur le Climat* lors de la Conférence de Paris CAP 21 dans son préambule dégage des principes suivants : « *Soucieuse d'atteindre l'objectif de la Convention, et guidées par ses principes, y compris le principe de l'équité et des responsabilités communes, mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux contextes nationaux différents,*

Reconnaissant la nécessité d'une riposte efficace et progressive à la menace pressante des changements climatiques en se fondant sur les meilleures connaissances scientifiques disponibles,

Reconnaissant aussi les besoins spécifiques et la situation particulière des pays en développement parties, surtout de ceux qui sont particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques, comme le prévoit la Convention »

⁷⁵⁴ Voir Elliot A. Sitti « *Investir en Afrique pour gagner L'entreprise africaine et la mondialisation* » Paris- éd. L'harmattan, 2012 p.90

⁷⁵⁵ Voir l'article 8 de l'Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire

⁷⁵⁶ Voir l'étude de l'auteur Jean-M Thouvenin « Les fonds souverains et le (Mal) développement », SFDI colloque de Lyon « *Droit international et développement* » ed. A. Pedone-Paris, 2015 pp.99-109

d'investissement opérationnels tournés vers un partenariat dynamique avec les investisseurs en vue de surmonter le gap du risque et du déficit criard de financement au niveau interne des pays ouest africains. Parce que le problème des investissements- au-delà des stratégies des investisseurs étrangers qui mobilisent leur propre financement pour conquérir des marchés et s'implanter dans les pays en développement- résulte du fait que les États dans cette zone n'ont prévu aucune structure financières, fonds d'accompagnement et de participation pour matérialiser l'accompagnement des investissements et des investisseurs à travers des projets conçus et innovants, dans la mesure où l'attractivité de ces pays (malgré les immenses potentialités économiques) est moindre, comparée à d'autres régions du monde. Par conséquent, il faut prendre les devants et démarcher les investisseurs potentiels et les pays émetteurs à travers de véritables stratégies de promotion pour dynamiser davantage les IDE dans les pays de la sous région. La protection globale et englobant des investissements doit être une quête effrénée des pays de la sous région d'Afrique de l'ouest, parce que c'est la condition sine qua non d'avoir un réel impact économique et social et une dynamique environnementale de l'implantation des entreprises étrangères. Le cadre juridique lié aux IDE ne concernent pas qu'uniquement le volet général que représentent les instruments comme les « Codes d'investissements », il y a aussi d'autres instruments- qui concentrent beaucoup plus d'enjeux encore dans le contexte de ces pays : il s'agit des instruments extractifs. C'est pourquoi – en vue de d'analyser juridiquement le secteur extractif et les bouleversements qu'il a connu- il y a d'inclure les instruments juridiques extractifs avec une étude de cas sur le Sénégal pour voir si l'environnement juridique extractif consacre la globalité de la protection.

Section 3 : Étude de cas sur le régime juridique sectoriel de protection : les mines et le pétrole au Sénégal

333. Étudier l'environnement juridique extractif africain est d'une grande importance. En effet, comparée à d'autres régions du monde en développement, l'Afrique n'accueille que peu d'investissements directs étrangers⁷⁵⁷. Parmi ces IDE, le secteur extractif se taille la part du lion. Longtemps, et de nos jours encore, les stratégies d'investissement -à quelques exceptions près- se limitent sur le continent à la convoitise des ressources minières et énergétiques. En effet, « *le continent africain regorge de ressources naturelles et contient dans ses sous-sols, selon les connaissances géologiques actuelles, plus de 7,6% des réserves mondiales de pétrole, 7,5% des réserves mondiales de gaz naturelles, 40% des réserves mondiales aurifères et entre 80 et 90% des réserves mondiales connues de chrome et de platine* »⁷⁵⁸. Le Sénégal - qui désormais constitue un renouveau sur le plan minier et pétrolier⁷⁵⁹-entend résolument moderniser son cadre juridique pour en faire un instrument moteur pour l'attractivité du secteur extractif. Il existe en Afrique « *Trois types de régimes pétroliers* :

⁷⁵⁷ « Les flux d'IED à destination de l'Afrique ont poursuivi leur chute en 2016 pour s'établir à 59 milliards de dollars, en baisse de 3% par rapport à 2015, essentiellement en raison de la faiblesse des produits de base » Voir CNUCED-Rapport sur l'investissement dans le monde 2017 « L'investissement et l'économie numérique » Nations-Unies New-York & Genève, 2017 page x 66p.

⁷⁵⁸ Voir Thierry Lauriol et Emilie Raynaud « *Le droit minier et pétrolier en Afrique* », Paris 2017, Ed. LGDJ p.29

⁷⁵⁹ Voir l'ouvrage de (O.) Sonko « *Pétrole et gaz au Sénégal Chronique d'une spoliation* », Ed. Fauves, Paris 2017 p.51 et s.

- *Régime fixe : la législation pétrolière fixe à l'avance dans le cadre du modèle de contrats pétroliers les conditions relatives à l'exploration, le développement et l'exploitation des ressources pétrolières. Les redevances, les taxes ou les conditions de partage de production sont également fixées par la législation.*
- *Régime ad hoc : le régime pétrolier se caractérise par une législation peu développée ou générale qui laisse au Gouvernement une grande marge de manœuvre dans le cadre de la fixation des termes et conditions des contrats pétroliers.*
- *Régime hybride : le régime pétrolier se caractérise par une législation assez développée (fixant les principes applicables aux contrats pétroliers) mais laissant un certain nombre de questions à déterminer par le Gouvernement (parfois dans les limites ou bornes fixées dans le cadre de la législation pétrolière). Le Sénégal a opté pour le dernier modèle »⁷⁶⁰*

334. Désormais, le cadre législatif relatif au pétrole entend s'inscrire dans les meilleures pratiques internationales. Ainsi l'exposé des motifs de la Loi portant Code pétrolier du Sénégal souligne que « *Le présent projet de code pétrolier est conforme à l'orientation générale du droit pétrolier international, tout en tenant compte des caractéristiques spécifiques de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures dans notre bassin sédimentaire On shore, et offshore, des conditions existantes et du développement anticipé de l'industrie pétrolière* »⁷⁶¹. De même que le pétrole le Sénégal entend tirer les leçons des insuffisances et limites du cadre juridique minier précédent en procédant à un rééquilibrage des rapports avec les investisseurs miniers : « *Dans ce contexte, et tenant compte des limites du Code minier de 2003, il est apparu nécessaire de procéder à un meilleur rééquilibrage de la gouvernance des ressources minérales du Sénégal, dans le but de maintenir l'attractivité du secteur minier national et de garantir un certain équilibre, de manière à promouvoir un partenariat mutuellement avantageux entre l'Etat, l'investisseur et les communautés hôtes.* »⁷⁶². L'étude de cas sur un pays d'Afrique de l'ouest porte sur le cadre juridique relatif aux investissements pétroliers du Sénégal(§), avant de voir le régime juridique prévue pour les investissements dans le secteur minier dans le même pays(§).

X- Paragraphe1 : Le cadre juridique des opérations pétrolières

Pour ce qui concerne cadre légal des opérations pétroliers⁷⁶³ au Sénégal : il y a lieu d'évoquer : la protection des intérêts des acteurs dès la phase recherche (A), mais aussi durant la phase d'exploitation (B). Il y a lieu d'évoquer les contrats de recherche et de partage de production (C) et les limites notées du cadre juridique (D).

A : La protection des intérêts des acteurs dès la phase de recherche

⁷⁶⁰ Voir l'étude comparative du cadre légal et contractuel en matière d'hydrocarbures dans les États membres de l'Association des Producteurs de pétrole africains(APPA) cité par Sonko(O.) « *Pétrole et Gaz au Sénégal Chronique d'une spoliation* », Paris, éd. Fauves éditions 2017 p. 59 et s.

⁷⁶¹ Voir « *exposé des motifs* » la Loi n°98-05 du 8 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal

⁷⁶² Voir « *exposé des motifs* » de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

⁷⁶³ Selon l'article 2 de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier f) les « *opérations pétrolières* » incluent chacune des activités de prospection., de recherche, d'évaluation, de développement, de production, de transport ou de commercialisation des hydrocarbures, y compris le traitement du gaz naturel mais à l'exclusion du raffinage et de la distribution des produits pétroliers »

335. Généralement dans le monde des hydrocarbures, il y a souvent déséquilibre manifeste des intérêts entre acteurs. En plus qu'il y a une asymétrie d'information entre le potentiel d'une zone/ d'un pays ou d'une région, les estimations avancées, et les réserves d'énergie existantes. Le Sénégal, où récemment une quantité non-négligeable de pétrole et de gaz fut découverte,⁷⁶⁴ n'échappe pas à cette problématique globale et complexe. Dans ce domaine- si particulier-, l'Etat du Sénégal préserve ses intérêts que lui confère le texte de référence en la matière : le Code pétrolier. Cet instrument dispose que c'est la puissance publique qui octroie les permis de recherche⁷⁶⁵ et décide de son renouvellement éventuel⁷⁶⁶. L'Etat a aussi -durant tout le temps de recherche- un pouvoir de veille et d'exigence d'information sur les teneurs de la recherche d'hydrocarbures. La manifestation de ce pouvoir de veille réglementaire passe par le fait que : *« le titulaire d'un permis de recherche d'hydrocarbures doit s'engager à réaliser, pendant la période initiale et, le cas échéant, pendant chaque période de renouvellement, un programme minimum de travaux de recherche stipulé dans la convention. »*⁷⁶⁷.

336. La défense des intérêts de l'Etat d'accueil des recherches la pousse à rechercher le maximum d'informations sur les activités tenant à la découverte éventuelle de tout hydrocarbure : *« Toute découverte d'hydrocarbures doit être immédiatement notifiée au Ministre par le titulaire du permis de recherche »*⁷⁶⁸. Certes l'Etat d'accueil celui du Sénégal entend exercer toutes ses prérogatives qui lui confère la loi, mais cela ne veut pas dire que le titulaire d'un *permis de recherche d'hydrocarbures* ait pour autant marginalisé et lésé. En effet, celui partage des droits et obligations réciproques avec l'Etat⁷⁶⁹ Il a le droit *« après une découverte d'hydrocarbures permettant de présumer l'existence d'un gisement commercialement exploitable, le titulaire d'un permis de recherche est tenu d'effectuer, avec diligence, les travaux d'évaluation d'un tel gisement. A l'issue des travaux d'évaluation, le titulaire doit établir le caractère commercial ou non commercial de la découverte »*⁷⁷⁰. Ainsi si ce caractère est avéré, il *« est tenu de demander l'octroi d'une concession d'exploitation »*⁷⁷¹. Alors que dans le cas contraire, ses droits et intérêts ne seront pas pour autant lésés *« le titulaire du permis peut bénéficier dans les conditions fixées par la convention d'une période de rétention pour ladite découverte, ne pouvant excéder trois ans pour les hydrocarbures liquides et huit ans pour les hydrocarbures gazeux à compter de la date d'expiration de la période de validité du permis de recherche ou de la période de renouvellement dudit permis de recherche. »*⁷⁷²

⁷⁶⁴ Voir (O.) Sonko p. 53 *ibid*.

⁷⁶⁵ Article 15 de la Loi n°98-05 du 8 janvier 1998 portant Code pétrolier dispose : *« Le permis de recherche d'hydrocarbures est accordé au titulaire par décret pour une période initiale ne pouvant pas excéder quatre ans »*

⁷⁶⁶ *« Le permis de recherche d'hydrocarbures peut, à la demande de son titulaire, être renouvelé deux trois fois par décret pour une durée n'excédant pas trois ans à chaque fois, à condition que le titulaire ait rempli toutes ses obligations et abandonne à chaque fois une fraction de la superficie du périmètre de recherche. La deuxième période de renouvellement peut être prorogée, par décret, pour la durée nécessaire à la poursuite des travaux d'évaluation d'une découverte. »* Article 16 *ibid*.

⁷⁶⁷ Voir article 18 de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier. Dans cette même veine, l'article 19 dispose *« Si le titulaire d'un permis de recherche d'hydrocarbures n'as pas rempli les obligations de travaux prévues à l'article 18, il doit verser à l'Etat l'indemnité prévue dans la convention. »* *ibid*.

⁷⁶⁸ Voir article 20 *ibid*

⁷⁶⁹ Voir art 17

⁷⁷⁰ Voir article 20 de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal

⁷⁷¹ *ibid*

⁷⁷² Article 20 *ibid*

337. Dans une optique de protéger davantage le cocontractant de l'Etat, ce dernier se voit accorder des prérogatives importantes concernant le pétrole extrait⁷⁷³. Ce souci de protection du partenaire de l'Etat sénégalais titulaire d'un permis de recherche va jusqu'à lui permettre « à tout moment de renoncer à ses droits, en totalité ou en partie, sous réserve d'un préavis de trois mois et des stipulations de la Convention »⁷⁷⁴. La réciprocité des obligations et la nécessité d'une protection des acteurs à toutes phases-y compris l'aval c'est-à-dire l'exploitation- sont le moteur de la politique de partenariat du Gouvernement sénégalais dans le secteur énergétique.

« Pour les activités d'exploration, le Sénégal a été divisé en 18 blocs dont les 15, en 2016, ont été attribués (10 sur 10 en offshore et 5 sur 8 en On shore) et font l'objet de contrats de recherche et de partage de Production (CRPP) » C'est un total de 11 compagnies pétrolières (toutes des multinationales étrangères) qui opèrent au Sénégal en exploration-production des hydrocarbures⁷⁷⁵.

Tableau : Cession de blocs pétro-gaziers du Sénégal.

BLOC	ATTRIBUTAIRE Associé (à Petrosen)	Superficie	Substances
DIENDER(GADIAGA)	Fortesa	1,5 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
DIENDER(SADIARATOU)	Fortesa	82 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
SALOUM	Tender Oil and Casamance Sarl	14 290 km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
SENEGAL ONSHORE SUD	Tender Oil and Gas Casamance SARL	15 231 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
DIOURBEL	A-Z Petroleum Products Ltd	17 265 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
LOUGA	Blackstairs Energy Sénégal Ltd	26 849 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
SENEGAL OFFSHORE SUD SHALLOW	Elenito Sénégal LLC	7 920 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
DJIFFERRE OFFSHORE	Rex Atlantic Ltd	4584,4 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
CAYAR OFFSHORE	Kosmos Energy Timis Corporation	5 465 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
SAINT LOUIS OFFSHORE PROFOND	Kosmos Energy Timis Corporation	6 955 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
RUFISQUE OFFSHORE PROFOND	African Petroleum Sénégal Limited	10 357 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux

⁷⁷³Voir article 21 Code pétrolier qui en dispose ainsi : « Le titulaire du permis de recherche peut disposer des hydrocarbures extraits du sous-sol à l'occasion de ses recherches et des essais de production qu'elles peuvent comporter ... »

⁷⁷⁴Voir article 22 du Code pétrolier du Sénégal qui s'empresse de préciser cependant en direction du titulaire du permis de recherche que « Toutefois, aucune renonciation au cours d'une période de recherche ne réduit les obligations de travaux souscrites par le titulaire pour ladite période, lequel doit également effectuer s'il y a lieu les travaux d'abandon, nécessaires à la sauvegarde de l'environnement » On peut aussi souligner que la grande innovation- dans le nouveau code de 1998 par rapport à celui de 1986- en faveur du partenaire de l'Etat est la « possibilité pour les compagnies pétrolières de bénéficier d'une période de rétention de huit ans pour le gaz et de trois ans pour le pétrole brut pour les découvertes qui ne sont pas immédiatement exploitables commercialement, à la différence du Code de 1986 qui exige que l'opérateur renonce aux découvertes non commerciales à l'expiration de la période d'exploitation » voir Préambule de la Loi 98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal

⁷⁷⁵Voir (M.) Sonko « Pétrole et Gaz au Sénégal Chronique d'une spoliation », Paris 2017, Ed. Fauves p 50.

SENEGAL OFFSHORE SUD PROFOND	African Petroleum Sénégal Limited	5438,97 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
CAYAR OFFSHORE SHAL-LOW	Oranto Petroleum Ltd 90%	3 618 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
RUFISQUE OFFSHORE	Capricorn-Conoco Philips Far	7 136,935Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux
SANGOMAR OFFSHORE	Capricorn Conoco Philips-Far		
SANGOMAR OFFSHORE PROFOND	Capricorn- Conoco Philips-Far		
DIENDER	Fortesa	1063,55 Km2	Hydrocarbures liquides et gazeux

(Source : O. Sonko « *Pétrole et gaz du Sénégal au Sénégal Chronique d'une spoliation* » Paris 2017 éd. Fauves p.50).

B : La protection des intérêts des acteurs dès la phase d'exploitation

On entend par phase d'exploitation, « les activités liées à l'extraction et au traitement des hydrocarbures à des fins commerciales, notamment les opérations de développement, de production, de stockage et d'évacuation des hydrocarbures jusqu'au point de raccordement au système de transport des hydrocarbures par canalisations, ainsi que les activités connexes telles que l'abandon des gisements et des installations de surface et de fond »⁷⁷⁶

Notre analyse des obligations dans cette phase consistera à évoquer d'une part les différents droits et obligations de l'Etat envers le titulaire de la concession d'exploitation (1), mais aussi les droits et obligations du titulaire d'une concession envers l'Etat du Sénégal (2).

1) Les droits et obligations de l'Etat envers le titulaire d'une concession d'exploitation

338. L'Etat d'accueil de l'investisseur à une mission sécuritaire (notamment juridique) bien explicitée et définie par le texte de référence. Raison pour laquelle, un traitement égalitaire et non discriminatoire s'impose à tout investisseur étranger. Compte tenu des aléas de l'environnement juridique et économique du marché pétrolier international, le cocontractant de l'Etat titulaire d'un permis -pour des raisons de coût et de rentabilité- peut privilégier l'exploitation de certains puits pétroliers par rapport à d'autres⁷⁷⁷. La protection du partenaire titulaire d'un permis signifie que l'Etat du Sénégal respecte son « droit exclusif » en vertu de la Loi ou du contrat signé. Le concept de droit exclusif (prévu par les articles 25 et 26 du Code pétrolier du Sénégal) constitue un puissant instrument de prévention contre un éventuel arbitraire étatique ou *fait du prince* venant entraver ou augmenter considérablement le coût du contrat. L'article 25 en dispose ainsi : « *La concession d'exploitation d'hydrocarbures est accordé par décret. Elle confère à son titulaire, dans les limites de son*

⁷⁷⁶-Selon le *Code pétrolier* du Niger (Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007) dans son article 59

⁷⁷⁷L'article 24 du Code pétrolier dispose à ce propos : « *Pendant la durée de validité d'un permis de recherche, son titulaire peut, sur sa demande, être autorisé, par décret à exploiter à titre provisoire les puits productifs, pour une période maximale de deux ans pendant laquelle, il sera tenu de poursuivre la délimitation et le développement du gisement...* »

*périmètre, le droit d'effectuer toutes les opérations pétrolières, suivant les stipulations de la convention qui lui est attachée »*⁷⁷⁸.

339. De même, poursuivant la notion d'exclusivité, la firme pétrolière partenaire de l'Etat possède des droits exclusifs sur les découvertes de pétrole commercialement exploitable : *« Toute découverte commerciale d'hydrocarbures effectuée par le titulaire d'un permis de recherche d'hydrocarbures lui donne le droit exclusif, en cas de demande avant l'expiration de ce permis, à l'octroi d'une concession d'exploitation portant sur le périmètre de la découverte commerciale ...L'octroi d'une concession d'exploitation entraîne l'annulation du permis de recherche d'hydrocarbures à l'intérieur du périmètre concédé, mais le laisse subsister jusqu'à expiration à l'extérieur de ce périmètre, sans modifier les droits et obligations découlant du permis de recherche d'hydrocarbures »*⁷⁷⁹. De la même manière que l'exclusivité, les intérêts de la firme, qui est en partenariat avec l'Etat du Sénégal, sont préservés dans un temps large bien déterminés : *« La concession d'exploitation d'hydrocarbures est octroyée au titulaire pour une durée ne pouvant pas excéder vingt-cinq ans . Toutefois la durée de validité de cette concession peut être prorogée par décret pour une période maximale de dix ans renouvelable une fois... »*⁷⁸⁰. Comme on le voit, le cocontractant de l'Etat jouit d'une grande protection conférée par la Loi, les règlements pertinents et le contrat de partage de production. Dans la phase aval, la protection supérieure est assurée au titulaire de la concession. C'est tout le sens de l'article 30 du Code pétrolier du Sénégal : *« Le titulaire d'une concession d'exploitation acquiert la propriété des hydrocarbures produits en tête de puits »*⁷⁸¹. La réciprocité des avantages et obligations concernent aussi le contractant titulaire du permis d'exploitation envers l'Etat d'accueil.

2) Les droits et obligations du titulaire de la concession d'exploitation envers l'Etat

340. L'histoire des relations de partenariat au plan énergétique a montré un déséquilibre manifeste entre les États -riches en ressources d'hydrocarbures- et les compagnies étrangères. Les pays producteurs s'efforcent d'inverser la tendance, comme par exemple avec la création de l'OPEP⁷⁸² le montre. Le gouvernement du Sénégal -pays où on vient de découvrir des

⁷⁷⁸Voir la Loin°98-05 du 08 janvier 1998 portant *Code pétrolier* du Sénégal dans son article 25

⁷⁷⁹Voir article 26 *ibid.*

⁷⁸⁰Voir *Code pétrolier* du Sénégal article 27

⁷⁸¹Voir article 30 *ibid.* aussi l'article 30 qui consacre le droit qu'à *« tout titulaire d'une concession d'exploitation d'hydrocarbures, peut, après préavis d'un an, y renoncer totalement ou partiellement ... »*

⁷⁸²La création de l'OPEP en 1961 est une manifestation de cette tentative d'équilibriste entre États et Majors des hydrocarbures. L'article 2 du statut de cette organisation dispose : *« A Les objectifs principaux de l'OPEP sont la coordination et l'unification des politiques pétrolières des pays membres et la détermination des meilleurs moyens pour sauvegarder leurs intérêts, collectivement et individuellement. B. L'organisation définira les voies et moyens qui assurent la stabilité des prix sur les marchés pétroliers internationaux, dans le but d'éliminer toutes les fluctuations inutiles ou préjudiciables. C. L'Organisation veillera en toutes circonstances aux intérêts des nations productrices et à la nécessité de leur assurer des revenus réguliers ; de même, elle assurera pour les pays consommateurs un approvisionnement pétrolier effectif, régulier et économique ; elle veillera à assurer également un profit équitable pour ceux qui investissent dans l'industrie pétrolière »*

quantités assez importantes de gaz et de pétrole offshore⁷⁸³ - n'échappe pas à cette logique asymétrique entre acteurs des investissements pétroliers. Dans ce genre de situations, deux options juridiques s'offrent à l'Etat : soit légiférer progressivement pour tenter d'équilibrer de façon soft et progressive les rapports avec les compagnies étrangères ; soit prévoir un cadre législatif, réglementaire et contractuel type auxquels les compagnies -qui veulent explorer les hydrocarbures- adhèrent. L'exemple du Sénégal est celui d'un pays en développement qui manque cruellement de technologie, de ressources humaines et savoirs faire éprouvés en matière d'exploration offshore et on shore d'hydrocarbures. Par conséquent, le pays n'a que son pouvoir de réglementation en vue d'établir-avec les majors et juniors pétroliers- des rapports équilibrés pour une protection globale de l'investissement extractif. Dans les pays africains producteurs d'hydrocarbures, ce pouvoir réglementaire passe par la fiscalité et la nécessité d'avoir un cadre juridique cohérent responsabilisant les entreprises exploratrices sur le plan environnemental et social.

341. C'est la raison pour laquelle, l'Etat du Sénégal (dans ses rapports avec le contractant titulaire de concession pétrolière) utilise son pouvoir réglementaire en vue de veiller et de rappeler à ses différents partenaires les obligations et prérogatives contenues dans la loi, règlements et contrats signés. Cela passe par la notion de plan de développement qui est prévue par l'article 28 :

342. *« Toute demande de concession d'exploitation d'hydrocarbures doit être accompagnée d'un plan de développement et de mise en exploitation de la découverte commerciale. Ce plan doit notamment contenir des informations concernant le montant des réserves récupérables d'hydrocarbures le, le profil de production attendu, le schéma de développement, les estimations des investissements et des coûts ainsi qu'une étude justifiant le caractère commercial de la découverte. Le plan de développement doit, en outre, contenir une étude d'impact sur l'environnement qui inclut les mesures aptes à garantir la sécurité et l'hygiène des employés et des tiers , ainsi que l'équilibre écologique du milieu, de même qu'un schéma d'abandon assurant la sauvegarde de l'environnement »*⁷⁸⁴. En vue de la préservation et de la protection de ses intérêts légitimes, l'Etat du Sénégal veille et surveille à ce que *« le titulaire d'une concession d'exploitation d'hydrocarbures s'engage à effectuer avec diligence les travaux de développement de la découverte commerciale concernée et à exploiter selon les règles de l'art en usage dans l'industrie pétrolière »*.⁷⁸⁵

343. Dans ce partenariat chaque droit est assorti d'une obligation. Cela va jusqu'à la réglementation effective du renoncement de concession d'exploitation de la part du titulaire. En cas de renoncement de ce dernier, l'Etat du Sénégal veille à ce que ses intérêts et/ou les obligations contenus soient respectés notamment sur le plan environnemental⁷⁸⁶. Le

⁷⁸³ Livre d'O. Sonko p.51 op cit p. 77

⁷⁸⁴ Voir article 28 de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant *Code pétrolier* du Sénégal

⁷⁸⁵ Voir article 29 *ibid*.

⁷⁸⁶ Le siège de cette explication se trouve à l'article 33 du *Code sénégalais* « Tout titulaire d'une concession d'exploitation d'hydrocarbures, peut, après préavis d'un an y renoncer totalement ou partiellement. Cette renonciation ne libère pas le titulaire des obligations prévues dans la convention et résultant des activités engagés par le titulaire antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la renonciation. En cas de renonciation

contractant se voit aussi peser dans ses obligations diverses en l'Etat, l'obligation d'information notamment en cas de demande de renouvellement du permis de recherche⁷⁸⁷. L'Etat peut aussi user de ses prérogatives de puissance publique pour exiger de son contractant la cession de pourcentage pouvant aller au-delà d'un certain seuil. Le cas du Niger est aussi illustratif à ce propos : « *A l'attribution du permis d'exploitation ou de l'autorisation exclusive d'exploitation, l'Etat ou l'organisme public a le droit d'exiger du titulaire que celui-ci cède un pourcentage pouvant aller jusqu'à 20% des droits et obligations attachés au permis ou à l'autorisation . Le titulaire est alors tenu d'accéder à la demande de l'Etat. Dans ce cas, chaque titulaire voit sa participation dans le permis ou l'autorisation automatiquement diminuée du pourcentage cédé à l'Etat...* »⁷⁸⁸.

344. Dans le *Code du Niger*, par comparaison, la protection des intérêts de l'Etat face aux compagnies étrangères est beaucoup plus organisée et élaborée que dans la loi Sénégalaise sur le pétrole. En effet, celui du Niger prévoit plusieurs cas notamment celui des nécessités de la satisfaction de la consommation intérieure de produits pétroliers par la production interne. Ce cas d'espèce est prévu par la Loi nigérienne relative aux hydrocarbures⁷⁸⁹. Dans ce cas comme dans d'autres, les États d'Afrique de l'ouest particulièrement le Sénégal est obligé de se référer à l'extérieur aux- capitaux, technologie et savoir-faire extérieurs- pour matérialiser l'exploitation des ressources énergétiques par le biais du mécanisme contractuel.

partielle ou totale, le titulaire d'une concession est tenu également d'effectuer les travaux d'abandon et doit prendre toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde de l'environnement » Le décret n° 98-810 du 06 octobre 1998, fixant les modalités et conditions d'application de la loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant *Code pétrolier* du Sénégal, est beaucoup plus explicite. Cet instrument stipule dans son article 29 que : « *Le titulaire d'un titre minier d'hydrocarbures, du contrat de service peut à tout moment renoncer à tout ou partie de ses droits (....) La demande de renonciation du titulaire est notamment accompagnée des pièces suivantes :*

- a) *Les travaux de recherche, de développement et d'exploitation réalisés à ce jour ;*
- b) *L'état des engagements et obligations du titulaire déjà remplis ;*
- c) *Tout document de nature à établir les raisons de sa renonciation ;*
- d) *L'engagement de respecter à ses obligations, contractuelles et à l'égard des tiers ;*
- e) *Un plan d'abandon indiquant entre autres, les mesures de conservation et de restauration de l'environnement* »

⁷⁸⁷Voir article 16 « *du renouvellement des permis de recherche d'hydrocarbures, des contrats de services* » ibid « *Toute demande de renouvellement d'un permis de recherche d'hydrocarbures ou d'une période de recherche d'un contrat de services comporte notamment les renseignements suivants :*

- a) *Le ou les périmètres de formes géométriques simples que le titulaire du permis ou du contrat de services à renouveler demande à conserver, compte tenu des obligations de réduction de superficie prévue à l'article 16 du Code pétrolier ;*
- b) *Les travaux effectués, les résultats et les dépenses faites en vertu des engagements antérieurement pris et stipulés à la convention, au contrat de services ou au contrat de partage de production. »*

⁷⁸⁸Voir article 65 de la Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant *Code pétrolier* du Niger. Cet article note par ailleurs que « *les dispositions de l'alinéa précédent ne font pas obstacle à ce que l'Etat ou l'organisme public puisse, conformément à l'article 8 ci-dessus et à tout moment au cours de la période de validité du permis ou de l'autorisation concerné(e), accroître sa participation , notamment au-delà du pourcentage de 20% susmentionné, dans les conditions et suivant les modalités convenues avec ses co-titulaires* »

⁷⁸⁹Voir article 71 de la Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant *Code pétrolier* du Niger relative qui dispose : « *Dans le cas où l'Etat ne peut satisfaire les besoins de la consommation intérieure en hydrocarbures à partir de la part lui revenant dans la totalité des hydrocarbures produits en République du Niger, tout titulaire d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation exclusive d'exploitation est tenu, sur sa production d'hydrocarbures, à vendre en priorité à l'Etat la part nécessaire à la satisfaction des besoins de la consommation intérieure de la République du Niger* »

C : Les contrats de recherche et de partage de production signés par le Sénégal

Ces contrats sont caractérisés par l'existence des clauses générales (1) et des clauses spécifiques relatives à la fiscalité pétrolière (2).

1) Les clauses générales contenues dans les contrats pétroliers signés

Il s'agit d'analyser les devoirs de l'Etat partenaire envers le contractant (a) et les obligations auxquelles est soumis le contractant envers l'Etat durant les opérations pétrolières (b)

a- Les devoirs de l'Etat envers le contractant durant la conduite des opérations pétrolières

345. L'environnement juridique des opérations pétrolières dans les pays d'Afrique de l'ouest et particulièrement le Sénégal est différent des autres pays traditionnellement grand producteur d'hydrocarbures⁷⁹⁰. Dans des pays comme le Sénégal, où il n'y a pas les moyens publics et privés d'exploration off et on shore, le quasi inexistence d'un secteur privé énergétique et l'absence de ressources humaines qualifiées (ingénieurs pétroliers, moyens de forage en haute mer et écoles et institut de haut niveau de formation etc.) font que le Sénégal est contraint de ne signer que des contrats de partage de production⁷⁹¹ dans ses rapports avec les majors et juniors pétroliers étrangers. Dans le modèle de contrat de partage de production signé par le Sénégal, le contractant a droit à d'immenses avantages. C'est le cas du contrat de partage de production « Saint Louis offshore » signé entre la République du Sénégal et la Société petro-Tim Limited où le contractant de l'Etat aura droit : «

- a) de rechercher les hydrocarbures à l'intérieur de la Zone Contractuelle et le cas échéant des périmètres d'exploitation, et d'extraire, stocker, transporter, effectuer tout traitement primaire et/ou liquéfaction, vendre, exporter les hydrocarbures ainsi que les substances connexes et/ou les produits qui en dériveront par séparation ou traitement, le raffinage proprement dit étant exclu, provenant des gisements contenus à l'intérieur des périmètres d'exploitation ;*

⁷⁹⁰ A l'exemple du Nigéria (pays le plus peuplé de l'Afrique (176 millions d'habitants) et première économie du Continent) qui a l'équivalent de 36 milliards de barils de réserves et de 5000 milliards de m3 de Gaz et qui produit/jour 1,5 à 2 millions de barils de pétrole. Du point de vue contractuel et gouvernance du secteur des hydrocarbures des pays comme ceux d'Arabie les plus gros producteurs de l'OPEP (Arabie-Saoudite, l'Algérie, l'Irak, l'Iran, le Koweït et le Venezuela) ces pays ont une approche contractuelle qui consiste à affirmer la « Souveraineté du pays sur les ressources naturelles » et une Gouvernance marquée par la présence d'un holding public qui attribue les Blocs et champs pétroliers aux partenaires de l'Etat souvent de façon égalitaire

⁷⁹¹ Il est longuement défini par l'article 36 de la Loi 98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal qui dispose : « Le contrat de partage de production est un contrat de services à risques aux termes duquel, l'Etat ou une société d'Etat confie à une ou plusieurs personnes physiques ou morales qualifiées, l'exercice des droits exclusifs de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures à l'intérieur d'un périmètre défini. Le contrat de partage de production précise conformément aux dispositions de l'article 34 les droits et obligations du titulaire et de l'Etat ou de la société d'Etat, pendant toute sa durée de validité, notamment les conditions de partage des hydrocarbures produits, aux fins de la récupération des coûts pétroliers supportés par le titulaire et de sa rémunération »

- b) *d'accéder à tout endroit situé à l'intérieur de la Zone contractuelle afin d'y mener les Opérations Pétrolières ;*
- c) *de réaliser toutes installations et tous travaux ainsi que, d'une façon générale, tous actes et opérations nécessaires à la conduite des Opérations Pétrolières ;*
- d) *d'utiliser l'eau nécessaire aux Opérations Pétrolières, sous réserve de ne pas porter préjudice à l'approvisionnement en eau des habitants et des points d'eau pour le bétail ;*
- e) *d'utiliser les pierres, le sable, l'argile, le gypse, la chaux et autres substances similaires nécessaires à la conduite des Opérations Pétrolières »*⁷⁹².

346. L'Etat du Sénégal a, en vertu de la loi sur les hydrocarbures et des contrats signés, l'obligation d'accorder un traitement conforme aux lois et règlements et aux meilleures pratiques de l'environnement énergétique international⁷⁹³. Les droits du contractant dans un pays comme le Sénégal sont consacrés par les textes pertinents⁷⁹⁴. Toutefois, vue la particularité et la sensibilité du secteur des hydrocarbures, leur exercice par le contractant dépend des demandes et informations adressées aux autorités politiques et administratives compétentes. La Loi pétrolière et les contrats de partage de production qui l'accompagnent sont d'une grande souplesse. Dans le domaine des hydrocarbures au Sénégal, (une analyse des contrats la montre) il y a une consécration de la légalité propre pour chaque contractant et une légalité partagée. C'est-à-dire, les décisions, droits et devoirs du contractant dépendent de l'information des autorités nationales⁷⁹⁵. La réciprocité des obligations entre les parties est atténuée en cas de survenance d'évènement particulier⁷⁹⁶. Cette réciprocité des conditionnalités

⁷⁹² Voir article 3 du contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures « Saint Louis Offshore » signé entre la République du Sénégal (Petrosen) et la Société Petro Tim Limited Dans le 2^e alinéa, l'article dispose par ailleurs que : « *Sous réserve de l'autorisation du ministre, qui ne sera pas refusée sans raison dûment motivée, le contractant aura le droit de construire à ses frais toutes les installations nécessaires aux opérations pétrolières telles que, sans que cette liste soit limitative, routes, pipelines, installations de stockage, installations portuaires, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la Zone Contractuelle* »

⁷⁹³ Voir article 14 du contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures signé à Dakar le 17 janvier 2012 entre l'Etat du Sénégal, Petrosen et Petro Tim Limited et la Société des pétroles du Sénégal. Cet article pose un aspect essentiel des différentes obligations qui pèsent sur l'Etat envers le contractant : L'obligation de transport en ai un « *le transport des hydrocarbures* » « *Le contractant aura le droit de transporter ou de faire transporter en conservant la propriété, les produits de son exploitation vers les points de stockage, de traitement, de chargement ou de grosse consommation dans les conditions fixées par le Code pétrolier. L'autorisation est accordée de droit, sur leur demande, soit au contractant, soit individuellement à chacune des sociétés formant le contractant. L'approbation par le ministre d'un projet de canalisation, telle que visée par l'article 39 du Code pétrolier, ne pourra être refusée si le projet est conforme à la réglementation et permet d'assurer le transport des produits extraits dans les meilleures conditions techniques, économiques et environnementales.* »

⁷⁹⁴ Au Sénégal, les sources du droit des hydrocarbures sont : la Constitution du 22 janvier 2001(qui proclame la transparence, la bonne gestion et le contrôle des citoyens sur les ressources naturelles), la Loi n° 98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal, le Décret n°98-810 du 06 octobre 1998 fixant les modalités et conditions d'application de la loi n° 98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier et les contrats de services et de partage de production d'hydrocarbures signés par l'Etat du Sénégal.

⁷⁹⁵ Voir Décret n° 98-810 du 06 octobre 1998 fixant les modalités et conditions d'application de la loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier

⁷⁹⁶ Il s'agit dans le cadre des contrats de partage de production d'hydrocarbures du Sénégal de la notion de « force majeure » qui signifie « *Lorsque l'une ou l'autre des parties se trouvera dans l'impossibilité d'exécuter*

durant les opérations pétrolières au Sénégal concerne aussi les obligations générales du contractant dans les opérations pétrolières.

b- Les obligations générales du contractant dans la conduite des opérations pétrolières

347. Une réglementation et un contrat d'investissement signé par un pays en développement ne sont souvent qu'une réplique des expériences passées dans ce domaine. Surtout en Afrique -continent très riche en ressources naturelles et qui concentrent l'essentiel des investissements reçus par ces pays-, cependant, elle peine à mettre sur pied des législations et contractuelles pétrolières efficace et protectrices de ses intérêts majeurs et légitimes vis-à-vis des firmes énergétiques étrangères-majors, juniors et indépendants. Toutefois, dans le modèle de contrats de partage de recherche et de partage de production d'hydrocarbures signés par le Gouvernement du Sénégal avec les firmes pétrolières, les autorités s'empressent de consacrer explicitement une liste d'obligations auxquelles est soumise le contractant. Ainsi, dans le contrat de partage de production « Cayar Profond » entre le Sénégal et Petro Tim Limited, les obligations y sont mentionnées comme suit : *« Le contractant devra respecter les lois et règlements du Sénégal et se conformer scrupuleusement aux stipulations du présent contrat. Le contractant devra effectuer tous les travaux nécessaires à la réalisation des opérations pétrolières selon les règles de l'art en usage dans l'industrie pétrolière internationale. En particulier, le contractant devra prendre toutes les mesures nécessaires pour a) s'assurer que l'ensemble des installations et équipements utilisés dans les opérations pétrolières sont en bon état de fonctionnement et correctement entretenus et réparés pendant la durée du présent contrat : b) éviter que les hydrocarbures ainsi que la boue ou tout autre produit utilisés dans les opérations pétrolières ne soient gaspillés ou ne polluent les nappes aquifères ; c) placer les hydrocarbures produits dans les stockages construits à cet effet et ne pas stocker le pétrole brut dans des réservoirs souterrains, sauf temporairement en cas d'urgence ou avec l'autorisation préalable du ministre ; d) assurer la protection de l'environnement, prévenir les accidents et en limiter les conséquences, et notamment prévenir, réduire et maîtriser la pollution de l'environnement et s'il y a lieu restaurer les sites et entreprendre les travaux d'abandon à l'achèvement de chaque opération pétrolière dans les conditions fixées à l'article 20 ci-dessous »*⁷⁹⁷. Malgré un cadre juridique énergétique qui stipule l'attribution des licences de recherche et d'exploitation aux firmes ou entreprises disposant de solides référents techniques et de capacités financières requises. La non satisfaction de cette obligation a conduit tout bonnement le gouvernement du Sénégal a retiré unilatéralement les deux blocs (Rufisque Offshore & Sénégal Sud off shore) jadis attribué à la Firme Africain Petroleum Limited de

ses obligations contractuelles,...ou ne pourra les exécuter qu'avec un certain retard en raison d'évènement imprévisibles et indépendants de sa volonté, l'inexécution ou le retard ne sera pas considéré comme une violation du présent accord... », Voir article 17 «force majeure » de l'accord d'association entre l'Etat du Sénégal et la Société des Pétroles du Sénégal et Petro Tim Limited dit « Cayar Offshore Profond » signé à Dakar le 17 janvier 2012

⁷⁹⁷ Voir article 4 du contrat de recherche et de partage de production entre l'Etat du Sénégal (Petrosen) et Petro Tim Limited « Cayar Profond » signé à Dakar le 12 janvier 2012

Frank Timis. Ce dernier a par une requête unilatérale saisi le CIRDI au fin d'arbitrage a fin d'entrer dans ses droits et de contester le présumé expropriation dont il a fait l'objet⁷⁹⁸

348. De même que sur le plan on shore, la notion de territoire et les obligations qui vont avec, concerne aussi la zone maritime. Par conséquent, dans les obligations auxquelles, le contractant de l'Etat du Sénégal doit souscrire, le territoire en fait partie : « *Tous les travaux et installations érigées dans les zones maritimes sénégalaises en vertu du présent contrat devront être : a) construits, indiqués et balisés de façon à laisser en tout temps et en toute sécurité le libre passage à la navigation, b) équipés d'aides à la navigation qui devront être approuvées par les autorités sénégalaises compétentes et maintenues en bon état de marche. Le contractant devra notamment à l'occasion des opérations pétrolières prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de l'environnement conformes aux dispositions des conventions internationales relatives à la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures et des textes pris pour leur application. Le contractant devra dédommager et indemniser l'Etat ainsi que toute personne en cas de préjudice qui leur serait causé par les opérations pétrolières...* »⁷⁹⁹.

349. Le domaine des hydrocarbures démontre souvent un déséquilibre manifeste de départ entre acteurs, mais le gouvernement s'efforce de corriger cela au fur et à mesure par une réglementation augmentant différentes sortes d'obligations pour le contractant. Ce dernier est contraint de demander autorisation d'exploitation en cas de découverte d'hydrocarbures⁸⁰⁰, l'obligation du contrat concerne aussi la nécessité d'approvisionner le marché local⁸⁰¹. Le partenaire de l'Etat- dans les opérations pétrolières- se voit dans l'obligation de voir toutes ses opérations importantes contrôlées par l'Etat du Sénégal⁸⁰². Cette obligation du cocontractant de l'Etat dans les opérations pétrolières au Sénégal va jusqu'à « *fournir, conformément aux règles de l'art en usage dans l'industrie pétrolière internationale, des rapports de mesures et d'interprétation géophysiques, les rapports géologiques, les diagraphies et les rapports de forage et de tests, et fournira copie au ministère dans les plus brefs délais de toutes les données, informations, rapports et interprétations obtenues ou préparés au cours des*

⁷⁹⁸ Selon le gouvernement du Sénégal : devant le « non respect de ses engagements », l'entreprise « African Petroleum » se voit le retrait de ses blocs. Le 11 juillet 2018, la firme de Frank Timis saisit par une requête le CIRDI afin d'engager la responsabilité du Gouvernement du Sénégal. L'affaire est enregistrée : CIRDI N°ARB/18/24

⁷⁹⁹ Voir article 4 *ibid*

⁸⁰⁰ Voir article 10 « *durée de la période d'exploitation* » du *contrat de recherche et de partage de production « Cayar profond »* entre l'Etat du Sénégal d'une part et la *Société petro-Tim Limited* d'autre part signé à Dakar le 17 janvier 2012

⁸⁰¹ Voir article 15 *ibid* « *demande local de produit brut* » dispose que « *le contractant s'engage sur sa production de pétrole en République du Sénégal à vendre à l'Etat en priorité...* »

⁸⁰² Voir article 17 *ibid* le consacre en ses termes : « *Les opérations pétrolières seront soumises au contrôle de l'Etat. Ses agents dûment habilités auront le droit de surveiller les opérations pétrolières et d'inspecter, à intervalles raisonnables, les installations, équipements, matériels, enregistrements, registres afférents aux opérations pétrolières. Le contractant devra notifier au ministère, avant leur réalisation, les opérations pétrolières telles que campagne géologique ou géophysique, sondages, essais de puits afin que des agents habilités du Ministère puissent assister aux dites opérations sans pour autant causer de retard dans le déroulement normal des opérations...* »

*opérations pétrolières*⁸⁰³». Le cadre juridique relatif aux opérations pétrolières au Sénégal donne beaucoup de prérogatives à l'Etat du Sénégal, mais dans la pratique, -qu'en dépit de ces pouvoirs légaux- l'Etat octroie beaucoup d'avantage et de facilité au niveau fiscal au profit des firmes énergétiques.

2) Les clauses relatives aux dispositions fiscales

Dans les contrats de partage de production d'hydrocarbures du Sénégal la fiscalité sur les hydrocarbures présente une caractéristique évolutive (a) marquée aussi par l'existence d'exonération fiscale large dans les opérations pétrolières (b).

a- L'impôt sur les hydrocarbures : une fiscalité évolutive

350. En vue d'accueillir et d'accélérer l'implantation de majors pétroliers dans l'Offshore sénégalais, le gouvernement a prévu un cadre juridique et fiscal attractif⁸⁰⁴. Ce domaine est assez particulier au Sénégal, dans la mesure où les firmes qui font de la prospection le font dans des zones où les perspectives sont prometteuses comme dans d'autres régions du monde particulièrement riche en hydrocarbures⁸⁰⁵. C'est la raison pour laquelle, ces entreprises bénéficient d'un traitement fiscal privilégié dans la phase de recherche marquée par une exonération totale d'impôt et de taxe⁸⁰⁶. Dans le domaine des opérations pétrolières au Sénégal, le versement d'un impôt ou redevance est conditionnée calculée à partir des quantités d'hydrocarbures produites le contractant de l'Etat. Ainsi les taux appliquées à la production pétrolière dépendent de l'origine de l'exploitation par mer, à terre ou à terre et mer : « *Les taux de redevance applicables sur les productions de pétrole brut ou de gaz naturel sont fixés comme suit : - hydrocarbures liquides exploités à terre : deux pourcent à*

⁸⁰³Voir article 18 « *informations et rapports* » *ibid.*

⁸⁰⁴Le caractère évolutif de la fiscalité des hydrocarbures est consacré du point de vue législatif à travers deux catégories d'impôts « *Le taux de la redevance et l'impôt supplémentaire dit prélèvement Pétrolier additionnel* » : « *Le taux de la redevance assise sur les productions de pétrole brut ou de gaz naturel est désormais compris entre un minimum de 2% et un, maximum de 10% et varie suivant l'exploitation se fait à terre ou en mer ou qu'il s'agisse d'hydrocarbures liquides ou gazeux, au lieu de 12,5% dans le code de 1986. L'impôt supplémentaire dit Prélèvement Pétrolier Additionnel(PPA) est maintenu. Toutefois son calcul sera basé sur la rentabilité global du projet (facteur R)* » Voir Exposé des motifs de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal

⁸⁰⁵C'est le cas des pays du moyen Orient L'Arabie Saoudite 267 milliards de barils soit 15,7% des réserves prouvées mondiales ; l'Iran (157, milliards de barils soit 9,3% des réserves prouvées mondiales ; l'Irak (143 milliards de barils soit 8,4% des réserves prouvées mondiales ; En Amérique du Sud, il y a la République Bolivarienne du Venezuela 300 milliards de barils de réserves soit 17,7% des réserves prouvées mondiales voir, www.connaissancesdesenergies.org/fiche-pedagogique/reserves-de-petrole-dans-le-monde consulté le 10 mars 2018

⁸⁰⁶C'est l'innovation du nouveau Code de 1998, par rapport à celui de 1986, qui prône que les « *titulaires de convention ou de contrat de services ainsi que les entreprises qui leur sont associées dans le cadre des protocoles ou accords tels que visés dans la présente loi (article 8 al 4) sont exonérés pendant les phases de recherche et de développement de tous impôts, taxes et droits au profit de l'Etat* » Voir exposé des motifs *Ibid*

dix pourcent ; - hydrocarbures liquides exploités en mer : deux pourcent à huit pourcent, -- hydrocarbures gazeux exploités à terre ou en mer deux pourcent à six pourcent »⁸⁰⁷.

351. Les projets extractifs constituent une source particulière de revenus en Afrique et particulièrement au Sénégal, c'est pourquoi malgré les faveurs fiscaux provisoires : « *L'Etat d'accueil utilise deux moyens pour accroître ses revenus financiers : la fiscalité et la prise de participation. Ainsi, il peut intervenir en tant qu'associé de l'exploitation privée par la voie d'une prise de participation ou intervenir en tant que puissance publique en matière fiscale* »⁸⁰⁸. Par rapport au taux d'imposition envers les sociétés commerciales qui sont plus élevés généralement dans les pays francophones que les pays anglophones, il y a au Sénégal une distinction concernant les acteurs des opérations pétrolières entre l'impôt sur les sociétés.⁸⁰⁹ –et ceux sur les bénéfices tirés des opérations pétrolières. Il est prévu dans le régime fiscal du contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures »Saint Louis Offshore « que : « *Les bénéfices nets que le contractant retire de l'ensemble de ses opérations Pétrolières sur le territoire de la République du Sénégal tel que défini dans le Code général des impôts, sauf dispositions particulières du Code Pétrolière, sont passibles d'un impôt sur les sociétés de vingt-cinq cent(25%) calculé sur lesdits bénéfices nets* »⁸¹⁰. La fiscalité dans le régime juridique de protection inscrit dans le cadre légal et contractuel est organisée et voulue attractive. Le Sénégal s'est résolument inscrit dans cette ligne de la fiscalité généreuse pour procéder à de larges exonérations fiscales des opérations pétrolières.

b- Les exonérations fiscales larges prévues dans les opérations pétrolières

352. En matière de fiscalité du point de vue général il y a deux conceptions héritées de la colonisation : en effet, dans les pays francophones la fiscalité est beaucoup plus élevée et son assiette plus large⁸¹¹ ; alors que dans les pays anglophones (Ghana, Nigéria, Gambie, Sierra Leone et le Libéria) la fiscalité, en revanche, est considérée comme un instrument pour renforcer l'attractivité du pays. Ce sont des pays pro business. La pratique fiscale démontre clairement une adhésion aux pratiques fiscales exonératoires dans les investissements étrangers extractifs. Le principe de cette exonération est posé par l'article 48 du Code pétrolier qui dispose que : « *Les titulaires de conventions ou de contrat de services ainsi que les entreprises qui leur sont associées... sont exonérées pendant les phases de recherche et de développement ; de tous impôts, taxes et droits au profit de l'Etat, notamment : a) de tout autre impôt direct sur le revenu frappant les opérations pétrolières, les bénéfices et les*

⁸⁰⁷Voir article 41 de la Loi portant *Code pétrolier* du Sénégal précité

⁸⁰⁸Voir (TH.) Lauriol et (E.) Raynaud « *Le droit pétrolier et minier en Afrique* », Paris 2016, LGDJ éditions, Lextensio éditions p. 251

⁸⁰⁹Selon le *Code Pétrolier* du Sénégal article 44 « *Le taux de l'impôt sur les sociétés est de trente-cinq(35) pour cent, tel que prévu dans le Code général des impôts* »

⁸¹⁰Voir article 23 du *contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures* dit « Saint Louis Offshore » signé entre l'Etat du Sénégal Petrosen d'une part et Petro-Tim Limited d'autre part signé à Dakar le 12 janvier 2012

⁸¹¹C'est une pratique qu'ils ont hérité de la France où la fiscalité, historiquement, est considérée comme un instrument de solidarité et un moyen de réduire les inégalités sociales.

distributions de bénéfices ; ceci entraîne notamment l'exemption de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières pour les dividendes versés aux propres actionnaires des entreprises et de l'impôt sur le revenu des créances, dépôts et cautionnement ; »⁸¹².

353. La politique de l'attractivité fiscale envers le contractant concerne aussi les autres facilités fiscales accordées aux titulaires de la Convention sur la production ou la vente des hydrocarbures⁸¹³. D'autres acteurs sont aussi éligibles aux exonérations fiscales. Il s'agit de « sociétés affiliées c'est-à-dire toute société qui contrôle ou est contrôlée, directement ou indirectement. Ces catégories d'investisseurs énergétiques sont exonérées : *« de toutes taxes sur le chiffre d'affaires ou taxes assimilées, notamment de la taxe sur la valeur ajoutée, dans la mesure où ces taxes se rapportent strictement et directement aux opérations pétrolières menées par les titulaires »*⁸¹⁴. Comme la stratégie fiscale du Sénégal, c'est d'attirer les investisseurs étrangers dans le domaine énergétique, le gouvernement a élargi l'exonération à l'amont pétrolier. C'est-à-dire concrètement, le cocontractant de l'Etat est épargné de taxes et de droits de douane dans l'importation d'équipements et de matériels non disponibles sur place : *« Les matériels, matériaux, fournitures, machines et équipements, ainsi que les pièces de rechange, les produits et matériels consommables destinés directement et exclusivement aux opérations pétrolières sont exonérés pendant les phases de recherche et de développement de tous les droits et taxes, lors de leur importation en République du Sénégal par le ou les titulaires de convention ou de contrat de service ou par des entreprises travaillant pour leur compte »*⁸¹⁵.

354. La notion de dispense fiscale ne concerne que les matériels destinés exclusivement aux opérations d'hydrocarbures. Ces matériels sont *« dispensés du timbre douanier et du prélèvement du Conseil Sénégalais des Chargeurs(COSEC) pendant la période de prospection, de recherche et de développement lors de leur importation »*⁸¹⁶. Malgré ces innovations et avantages multiples du cadre légal et contractuel relatifs aux opérations pétrolières, il faut dire qu'il existe pas mal de limites et insuffisances du cadre juridique des investissements pétroliers et, ce qui pose la question de ces perspectives.

D : Les limites et les perspectives du cadre juridique relatif aux investissements pétroliers

⁸¹²Voir article 48 de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant *Code pétrolier* du Sénégal

⁸¹³Ces facilités fiscales concernent : « b) de tous taxes, droit, impôt direct ou contribution de quelque nature que ce soit frappant la production ou la vente des hydrocarbures bruts et tout revenu y afférent, ou exigible sur les opérations pétrolières ou à l'occasion de l'établissement et du fonctionnement de l'exploitant en exécution du présent code, y compris la contribution forfaitaire à la charge de l'employeur, et la patente ; c) de toute taxe sur les transfert de fonds, achats et transports d'hydrocarbures destinés à l'exportation, services rendus, et plus généralement pour tous revenus et activités des sociétés affiliées aux entreprises visées à l'article 42, à condition que les éléments susmentionnés soient nécessaires aux opérations pétrolières. »

⁸¹⁴Voir article 48 *ibid* d'autres catégories comme « les personnes physiques ou morales travaillant pour le compte des titulaires des conventions ou des contrats de services » peuvent bénéficier des exonérations « e) des taxes et droits frappant les produits pétroliers alimentant des installations fixes et les installations de forage »

⁸¹⁵Voir article 49 de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant *Code pétrolier*.

⁸¹⁶Article 49 *ibid*.

Elles concernent la prise en compte incomplète des intérêts de l'Etat dans les opérations pétrolières (1). Il s'y ajoute les problèmes liés à la transparence dans l'exploitation pétrolière (2). Le faible effet d'entraînement des investissements pétroliers au Sénégal (3), et enfin, il y a la nécessaire maîtrise technique pour une exploration locale des ressources (4).

1) Une prise en compte incomplète des intérêts de l'Etat

355. Dans ce secteur particulier des hydrocarbures comme dans d'autres domaines des investissements étrangers : il y a toujours un déséquilibre d'intérêt manifeste entre acteurs des opérations pétrolières. Ce débat toujours récurrent dans les partenariats entre États et majors dans les grands pays producteurs⁸¹⁷ se pose aussi au Sénégal. Dans ce pays- très prometteur en ressources pétrolières et gazières- il faut dire que l'emplacement géographique des ressources (offshore) le manque de savoir-faire technologique en matière d'extraction justifient, d'une certaine manière, la nature des contrats signés et la faiblesse du pourcentage de l'Etat du Sénégal (via l'opérateur public PETROSEN⁸¹⁸) dans les sociétés d'exploitations créées. Toutefois, dans le cas spécifique du Sénégal, un problème majeur qui concerne les contrats de partage de production signés. Ces accords liant l'Etat et les firmes pétrolières et gazières étrangères ne sont pas négociés et signés dans une démarche inclusive. Autrement dit, la société civile nationale, et l'expertise nationale sont rarement sollicitées dans ce genre d'engagement souvent confidentiel.

356. Le niveau du pourcentage de participation de l'entité publique s'occupant du pétrole PETROSEN pose aussi fondamentalement problème. Le modèle de contrats de partage de production d'hydrocarbures suggère une possession de seulement 10%⁸¹⁹. Même si, il est

⁸¹⁷ Les pays arabes et le Venezuela, traditionnellement gros producteurs d'hydrocarbures, ont toujours de fréquents malentendus avec les majors pétroliers sur les prix et le pourcentage des États dans le capital des sociétés d'exploitations créées. Pour les prix, l'Accord portant création de l'OPEP à Bagdad conclu le 14 septembre 1960 entré en vigueur le 1^{er} octobre 1960 dispose dans son al. 1 « *Que les membres ne peuvent plus rester indifférents devant l'attitude des compagnies pétrolières qui, jusqu'ici, ont effectué des modifications de prix.* » Alors que l'al.2 stipule : « *Que les membres demanderont aux compagnies pétrolières de maintenir la stabilité de leurs prix et d'éviter toutes les fluctuations inutiles ; que les membres s'efforceront, par tous les moyens de ramener les prix actuels au niveau que ces derniers avaient atteint avant la diminution ; qu'ils s'assureront que dans toutes les nouvelles circonstances, qui, selon les compagnies pétrolières, nécessitent des modifications de prix, lesdites compagnies se mettent en rapport avec le ou les membres intéressés afin d'expliquer pleinement les circonstances.* ». Au plan de la participation, selon l'accord de New York « *A compter du 1^{er} janvier 1973, chaque État signataire acquiert une participation initiale de 25% dans chacune des concessions existant sur son territoire, puis après une pause de 5 ans et, si les gouvernements en expriment le désir, ce pourcentage sera augmenté progressivement pour atteindre 51% au 1^{er} janvier 1982, à raison de quatre paliers de 5% en 1978, 1979, 1980 et 1981 et d'un dernier palier de 6% en 1982, le calendrier ayant été avancé d'un an par un amendement à l'accord initiale* » Voir (J.) Devaux-Charbonnel « *L'Accord de New York sur la participation des États producteurs de pétrole dans le capital des sociétés concessionnaires* », AFDI 1973 pp.740-751 p.747

⁸¹⁸ La société nationale de pétrole du Sénégal n'est pas présente dans toute la chaîne de la recherche, l'exploration, le raffinage, le transport et la diffusion des produits pétroliers. Alors que dans d'autres pays (dotés de grosses réserves d'hydrocarbures) comme le Royaume d'Arabie Saoudite, le Holding Publics ARAMCO est le maître de l'exploration/production.

⁸¹⁹ Voir article 24, « *participation de Petrosen* » du contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures dit « Saint Louis Offshore » entre Petro-Tim Limited et Petrosen, qui dispose : « *A compter de la date d'effet du présent contrat, PETROSEN possède dans la Zone Contractuelle une part d'intérêts indivis de*

spécifié que cette participation à la portion incongrue à l'exploitation peut être revue « à l'intérieur d'un périmètre d'exploitation, la participation de PETROSEN pourra atteindre un maximum de vingt pour cent (20%) ; soit un accroissement maximal de dix pourcentage (10%). PETROSEN devra notifier au contractant sa décision d'exercer son option d'accroître sa participation et le pourcentage de participation choisi au plus tard six(6) mois après la date d'entrée en vigueur de l'autorisation relative au périmètre d'exploitation »⁸²⁰.

357. La faible prise en compte et de la défense des intérêts de l'Etat, concernant un autre aspect des opérations pétrolières, qui est la durée des engagements entre l'Etat du Sénégal et la/les firme(s) pétrolière(s). Cet aspect est d'autant plus problématique, que les textes contractuels le traite de façon routinière sans un examen critique et un bilan des activités général des activités de l'entité signataire.⁸²¹ Ainsi de la clause selon laquelle « à l'expiration de la période de vingt-cinq ans(25)... la période d'exploitation d'un périmètre d'exploitation sera renouvelée par décret, à la demande du contractant pour une période additionnelle de dix(10) ans renouvelable au plus une fois... »⁸²² Le point est essentiel car le renouvellement aurait pu dépendre une clause de renégociation en vue d'un nouveau départ. Le dernier aspect, tout aussi important et, qui témoigne du déséquilibre manifeste des rapports contractuels sur le plan extractif c'est l'injustice fiscale consentie volontairement par l'Etat. En effet, la pratique fiscale des exonérations -facilités et diminutions d'impôts, de taxes et de droits- cause un manque à gagner énorme pour le Trésor Public dont un pays comme le Sénégal en développement- peut difficilement se permettre dans un contexte international marqué par la rareté des ressources. Surtout que face à des firmes (Majors, Juniors et indépendant) pétroliers possédant deux atouts essentiels -la maîtrise technologique de l'amont pétrolier et la capacité financière colossale-, l'Etat devait utiliser le levier fiscal pour tenter à terme d'équilibrer les rapports. Il est un des leviers majeurs pour transformer et équilibrer par conséquent les rapports asymétriques entre ces deux acteurs. L'exploitation pétrolière pose souvent des problèmes liés à la transparence du cadre contractuel et le Sénégal n'échappe pas à cette logique.

2) Les problèmes de transparence des transactions

358. Dans l'environnement juridique pétrolier, l'absence de transparence revêt plusieurs formes : refus de publier les contrats et autres engagements signés, appels d'offres biaisés en

dix pour cent(10%) qui lui confère, dans la proportion de sa participation , tous les droits et obligations du présent contrat, sous réserve »

⁸²⁰ Voir article 24 ibid. L'article 3 de l'accord d'association entre la Société des Pétroles du Sénégal et Sénégal Hunt Oil Company(SHOC), dit « *Rufisque offshore, Sangomar offshore et Sangomar offshore profond* » signé à la date du 15 juillet 2004 approuvé le décret n°2004-1491 du 23 novembre 2004, dispose : « *Les pourcentages de participation des parties seront les suivants à compter de la date d'entrée en vigueur du présent accord :*

- a) *PETROSEN : 10%*
- b) *SHOC : 90% »*

⁸²² Article 10 du contrat de partage de production d'hydrocarbures « *Cayar Offshore* » signé entre le Sénégal(Petrosen) et Petro-Tim

vue de confier les blocs pétroliers et gaziers les plus prometteurs sans mérite, octroi de licence d'exploitation en échange de fortes somme d'argent(versement de commissions et de rétro-commissions), fausses déclarations sur la quantité de barils d'hydrocarbures découverts et mensonge sur le caractère commercial ou non de ceux-ci etc. Sur le plan international, cette volonté de transparence et de lutte contre la corruption dans les transactions internationales ont toujours constituées une préoccupation des Organisation Internationales et Régionales⁸²³.

359. La volonté de lutter contre ce fléau de la corruption préoccupe des ONG au niveau international au point de faire l'objet d'un classement annuel⁸²⁴. Il y a dans le domaine spécifique des industries extractives l'initiative ITIE (initiative pour la transparence dans les industries extractives) qui part du constat sur la nécessité que les Firmes transnationales publient ce qu'elles payent aux gouvernements locaux dans les pays d'implantation Ainsi qu'en rapport Maurice KAMTO, « *Il s'agit d'une initiative de la société civile internationale. En effet, l'initiative pour la transparence dans les industries extractives fut proposée en 2002 par un groupe d'ONGs, notamment « Publish What you pay», Transparency International, Global Witness», « Secours catholique». Le slogan « Publiez ce que vous payez» était lancé, à l'adresse des sociétés d'exploitation des hydrocarbures afin qu'elles déclarent ce qu'elles versent aux Etats. Sous la pression des ONGs à la pointe de cette revendication. Le groupe des États les plus riches de la planète(G8) a adopté, à sa Conférence de Londres du 17 juin 2003, l'ITIE, sous l'impulsion du Premier ministre britannique Tony Blair* »⁸²⁵. Pour le cas du Sénégal, la découverte, la signature des contrats et l'exploitation des ressources pétrolières et gazières sont marquées par des soupçons de non transparence. Du point de vue d'un « jeune pays pétroliers et gaziers » comme le Sénégal cette volonté de transparence est mise en doute par un auteur et cela du point de vue des conditions d'octroi des contrats de partage de production⁸²⁶ et du point de vue des rôles des acteurs du pétrole sénégalais⁸²⁷. Quoi

⁸²³ Voir Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales le 21 novembre 1997,..... *La convention contre la corruption des Nations –Unies signée le 31 octobre 2003 contre la corruption, la Convention de l'UE relative à la corruption des fonctionnaires des Communautés Européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'UE et la Convention de l'UA contre la corruption*

⁸²⁴ Voir l'ONG Transparency International utilise un baromètre mesurant l'indice de perception de la corruption dans un pays. « Corruption Perceptions Index 2016 » The perceived levels of public sector corruption in 176 countries/territories around the World Dans ce baromètre les pays les « vertueux » sont le Danmark 1^{er} rang avec un score de 90 . Les pays d'Afrique de l'ouest (à l'exception des Iles du Cap-Vert avec un classement au 38^e rang avec un score de 59) sont mal classés : « le Sénégal 64^e avec un score de 45 ; le Ghana 70^e avec un score de 43 ; le Burkina Faso 72^e avec un score de 42 » voir Transparency international : <https://www.transparency.cz/wp-content/uploads/CPI-2016-World-Map-Country-Results.pdf>

⁸²⁵ ITIE est mécanisme de transparence destiné à faire la publication de ce que les Firmes multinationales payent et versent les États dans le cadre des transactions minières et énergétiques. Voir M.Kamto p.220 ibid

⁸²⁶ L'auteur de l'ouvrage « *Pétrole et gaz au Sénégal Chronique d'une spoliation* » Paris, éd. Fauves 2017 Ousmane Sonko par ailleurs ancien inspecteur des impôts et domaines(aujourd'hui radié de la fonction publique et fondateur du nouveau parti politique PASTEF) révèle ce qu'il disait au DG des impôts et des domaines à propos du contrat Petrotim : « *Ce montage complexe visait simplement à éluder, totalement ou partiellement, l'impôt dont est redevable cette société, avec la complicité de l'Etat et la passivité de vos services. En effet, les conséquences fiscales appropriées n'ont pas été tirées des opérations de cessions de participation. PETRO-Tim, qui n'était en réalité qu'une société-écran, a cédé les 90% de participation qu'elle détenait sur l'exploitation du Pétrole à Timis à un prix gardé secret. TIMIS, à son tour, a revendu 60% de ces mêmes parts à la société américaine KOSMOS au prix de 200 milliards de francs CFA (400 millions de dollars). Cette opération devait être assujettie à l'impôt sur le revenu au Sénégal* » p.99 et s.

qu'il en soit, dans les pays d'Afrique de l'Ouest en général⁸²⁸, et le Sénégal en particulier, on note une faiblesse voire une dégradation de l'indice de gouvernance des ressources naturelles.

3) L'effet d'entraînement faible pour le reste de l'économie

360. Ce que montrent les investissements extractifs dans les pays d'Afrique de l'ouest, c'est la naissance et la persistance sur la durée d'une rente pétrolière⁸²⁹ qui a fini à ce qu'on appelle le syndrome hollandais⁸³⁰. Ce qui a accentué d'une certaine manière le faible effet d'entraînement, dans la mesure où l'argent du pétrole a été très mal utilisé sur le plan du choix des investissements publics- la création d'entreprises dans des secteurs à forts potentiel comme l'industrie pétrochimique et les différents dérivés du pétrole. Le manque de soutien à l'industrie locale dans le sens d'une diversification de l'économie. Les États producteurs d'Afrique de l'ouest comme le Nigéria se sont contentés de vivre sur la rente pétrolière ce qui a tué le reste de l'économie et la potentielle industrialisation du pays. En plus, le faible effet d'entraînement sur l'économie des investissements pétroliers se manifeste par l'émergence d'une économie duale⁸³¹ c'est-à-dire que, parallèlement à l'économie nationale, une économie d'enclave se crée avec des firmes pétrolières qui n'ont aucun lien ni engagement avec le reste du tissu économique et entrepreneurial du pays. L'abondance et l'exploitation des hydrocarbures dans les pays africains n'ont pas permis à ces derniers de mieux lutter et de vaincre la pauvreté de masse et surtout atténuer les risques multiformes pesant sur l'exploitation des ressources naturelles. Pourtant les textes législatifs et réglementaires du Sénégal ont toujours posé la nécessité d'une main d'œuvre locale bien formée et intégrée dans l'amont et l'aval pétrolier. Le Code pétrolier anticipant sûrement ces genres de méfaits proclame la nécessité d'une préférence nationale pour les entreprises

⁸²⁷ M. Sonko note des « *conflits d'intérêts, des trafics d'influence et autres manœuvres contre l'intérêt général* » des principaux acteurs du pétrole et gaz sénégalais p. 105 et s.

⁸²⁸ L'Afrique de l'ouest est une zone où les pays disposent pas mal de ressources minières et énergétiques mais, il y a deux fléaux : la gouvernance juridique et le suivi sont très faibles et ensuite, la zone est marquée par une conflictualité très élevée. (Pays fragiles et pays post-conflits). Voir M. Kamto « *Droit international de la Gouvernance* », Paris, éd. A. Pedone, 2013 p.102

⁸²⁹ L'exemple classique représenté en Afrique de l'ouest est le Nigéria (37 milliards de réserves de barils de pétrole et 5000 milliards de M3 de gaz naturel) plus gros producteur d'hydrocarbures en Afrique qui ne s'est pas industrialisé et dont les recettes extérieures viennent principalement de l'exportation du pétrole.

⁸³⁰ Ce point de vue est du à la mauvaise gouvernance de l'argent issu de l'exploitation des ressources naturelles. L'auteur Benjamin Rubbers le constate avec pertinence : « *Ce bilan globalement négatif a pu alimenter la thèse de la « malédiction des ressources naturelles » (resource curse), qui veut que l'abondance de richesses minérales soit corrélée à un faible développement économique et social, et favorise la corruption, la consolidation du pouvoir des élites, voire l'émergence de conflits armés* » voir B. Rubbers « *Les sociétés africaines face aux investissements miniers* » pp.6-25 in « *Politique africaine Micropolitiques du boom minier* » Cordonné par B. Rubbers, Ed. Karthala, 2013 p.7 et s.

⁸³¹ Cette forme d'économie est synonyme de deux secteurs que tout oppose : en amont, il y a un secteur moderne composé des filiales des firmes transnationales dans le pays en développement (africain), les activités modernes liées au tertiaire (banque, assurance, Telecom) et en aval, il y a l'économie publique stationnaire (secteur primaire et secondaire (industrie) très faibles et présence d'un secteur informel tentaculaire et occupant la majeure partie de la population(en survie). Voir les travaux de M.L.Ross, « *The Political Economy of the Resource Curse* », World Politics, vol.51, n°2, 1999, p.297-322 ; A. Roser, « *The Political Economy of the Resource Curse : A Literature Survey* », Institute of Development Studies, Working Paper, n°268, University of Sussex, 2006 ;

sénégalaise : « *Les titulaires de conventions ou de contrats de services ainsi que les entreprises travaillant pour leur compte doivent : a) accorder la préférence aux entreprises sénégalaises pour tous les contrats de construction, d'approvisionnement ou de prestation de services à conditions équivalentes en terme de qualité, quantité, prix, délais de livraison et de paiement ;* »⁸³².

361. La nécessité impérieuse de remédier à cette faille des opérations pétrolières concerne aussi l'absence de formation de la main d'œuvre locale et de la formation des cadres. Cet aspect important des investissements portant sur les ressources naturelles constitue de plus en plus une revendication légitime et majeure des pays en développement et particulièrement le Sénégal. Le cadre législatif du Sénégal souligne avec force cette nécessité de ne pas importer à tout bout de champ une main d'œuvre, ou venir avec sa propre main d'œuvre, et d' : « *employer, à qualification égale, en priorité, du personnel sénégalais pour la réalisation des opérations pétrolières sur le territoire de la République du Sénégal. Ils doivent en outre contribuer à la formation professionnelle des cadres et techniciens sénégalais suivant les stipulations de la convention ou du contrat de services applicables, lequel doit prévoir l'établissement d'un programme annuel de formation.* »⁸³³

362. L'environnement juridique des contrats de partage de production d'hydrocarbures signés par le Sénégal fait aussi cas de la nécessité du « Local Content ». Ce point relatif à la nécessité d'un local content et à la prise en compte de la main d'œuvre locale n'est pas une question nouvelle, comme précédemment évoqué (voir supra)⁸³⁴ et- il faut le dire- est souvent traité avec passion sans une analyse au préalable d'aucune rationalité économique du/des projet(s) pétrolier. Un auteur le note ainsi : « *Les résultats pratiques de l'obligation d'emploi prioritaire de travailleurs locaux sont très difficiles à appréhender. Le faible succès de ces dispositions dans de nombreux pays s'explique souvent par la prise de conscience de la part de leurs dirigeants de l'extrême faiblesse des connaissances locales et donc de l'importance des efforts à fournir pour combler ces lacunes. L'adoption d'une politique modérée de remplacement du personnel expatrié par du personnel local s'explique par une volonté de ne pas risquer de ralentir les travaux d'exploitation* »⁸³⁵. Comme on le voit, les multiples risques qui assaillent les opérations pétrolières et leur environnement juridique sont un défi essentiel qui pose la question de la nécessité de la maîtrise des techniques pour une exploration locale des hydrocarbures à long terme.

4) Le nécessaire maîtrise des techniques pour une exploration locale du pétrole

⁸³²Voir article 53 de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant *Code pétrolier* du Sénégal

⁸³³Voir article 53 *ibid*.

⁸³⁴ Sur le transfert de technologie et l'investissement étranger en général, voir supra -Les pays d'Afrique en ont toujours fait une vieille revendication Voir M. Bennouna « *Droit international du développement Tiers monde et interpellation du droit international* » éd. Berger-Levrault -Paris 1983 ; Touscoz (J.) Sd, « *Transfert de technologie, sociétés transnationales et NOEI* »éd.PUF, Paris, 1978 ; Bizec (R.F) & Daudet (Y.) sd , « *Un code de conduite pour le transfert de technologie* »éd. Economica, Paris 1980

⁸³⁵Voir (Th. Lauriol et E. Raynaud) dans *droit pétrolier et minier en Afrique* p.472 précité

363. La réglementation juridique n'est qu'un aspect de la difficulté et de la complexité des opérations pétrolières. Que ce soit la recherche, l'exploitation et le transport des hydrocarbures via des oléoducs et gazoducs et la maîtrise de l'amont et l'aval, le pétrole cristallise des questions relatives à la souveraineté et l'indépendance politique et économique des grands pays producteurs et les pays africains néo-producteurs. Cette question de l'exploitant local de l'avis de certains auteurs, est une question ancienne dans les pays en développement et a abouti à la naissance de majors locaux s'occupant de l'amont et l'aval des hydrocarbures⁸³⁶. Cette question- qui est le prolongement et le parachèvement de la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles- semble préoccuper les pays d'Afrique de l'ouest et particulièrement le Sénégal⁸³⁷. Malgré le fait les opérations pétrolières au Sénégal, sont ultra dominées par majors et juniors pétroliers étrangers, les textes consacrent la possibilités d'options pour l'Etat du Sénégal : « *L'Etat se réserve le droit d'entreprendre pour son compte des opérations pétrolières a) soit directement ;b) soit par l'intermédiaire de sociétés d'Etat agissant seules ou en association avec des tiers dans le cadre d'un contrat de services ;c) soit par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales de son choix, de nationalité sénégalaise ou étrangère, autorisées, conformément aux dispositions du présent code, à effectuer des opérations pétrolières aux conditions d'un contrat de services conclu avec l'Etat, lequel peut être notamment un contrat de partage de production* »⁸³⁸.

364. De même cette tentative du « localisme » en matière de choix d'opérateur pour l'exploration est consacrée dans le texte législatif pertinent. L'Etat du Sénégal a ainsi le choix d'autoriser ou pas certains opérateurs de nationalité sénégalaise ou étrangère⁸³⁹. Au-delà du

⁸³⁶ Voir « Le droit pétrolier et minier en Afrique », Paris éd. LGDJ éditions 2016 Selon ces auteurs Lauriol et Rayanaud) dans leur manuel consacré aux questions pétrolières en Afrique souligne ceci : « *Historiquement, l'institution de ces compagnies nationales avait pour but la création ou le développement des industries minières et pétrolières de l'Etat d'origine, ou du moins sa reprise dans le cas des pays en voie d'industrialisation accédant à l'indépendance politique. Au niveau mondial, les premiers exploitants étatiques sont apparus en 1922 dans le secteur des hydrocarbures. Cette tendance s'est par la suite étendue au secteur minier de telle sorte qu'il est désormais très rare de trouver en Afrique qui ne possèdent pas de compagnies spécialisées dans l'exploitation d'une ou de plusieurs ressources naturelles. On observe, dans certains, que ces sociétés ont acquis des pouvoirs si importants qu'elles constituent de véritables États dans l'Etat se subdivisant ensuite en de multiples sociétés, comme c'est notamment le cas emblématique de la SONATRACH en Algérie (qui dispose de 154 filiales et participations aussi bien au niveau international qu'à l'international. En 2013, elle a été classée 1^{er} en Afrique et douzième dans le monde, toutes activités confondues, avec un chiffre d'affaires à l'exportation de plus de 63 milliards de dollars* » p.46

⁸³⁷ Le Code pétrolier du Sénégal issu de la Loi n°98-05 du 8 janvier 1998 dispose en son article 3 « *Tous les gisements ou accumulations naturelles d'hydrocarbures existant dans le sous-sol de la République du Sénégal sont la propriété de l'Etat* » La soif de Souveraineté se note quand l'article 5 ibid s'empresse de préciser : « *L'Etat, sur l'ensemble du territoire de la République du Sénégal, a des droits souverains aux fins de la prospection, de la recherche, de l'exploitation et du transport des hydrocarbures. Aucune personne physique ou morale, y compris les propriétaires du sol, ne peut y entreprendre des opérations pétrolières si elle n'a pas été, au préalable, autorisée par l'Etat.* »

⁸³⁸ Voir article 6 de la Loi 98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal

⁸³⁹ Voir article 5 ibid qui dispose « *...L'Etat peut autoriser une ou plusieurs personnes physiques ou morales de son choix, de nationalité sénégalaise ou étrangère, à entreprendre des opérations pétrolières :*

- a) *En vertu d'une autorisation de prospection.,*
- b) *En vertu d'un permis de recherche d'hydrocarbures, d'une autorisation d'exploitation provisoire ou d'une concession d'exploitation d'hydrocarbures. Une convention conclue entre l'Etat et le ou les titulaires de titre minier fixe les droits, obligations et engagements attachés aux titres miniers d'hydrocarbures* »

cas particulier en sa volonté d'impliquer les entreprises nationales, d'autres pays de la sous région ouest africaine s'y mettent aussi à l'instar du Niger. Ce pays, tout comme le Sénégal, souligne que l'exploration peut être faite de l'Etat ou d'un organisme public⁸⁴⁰. Cette volonté d'avoir une capacité d'exploration locale montre la volonté de l'Etat du Sénégal de corriger les dérives, défaillances et manquements graves en matière d'exploitation pétrolière. L'option volontariste en matière de ressources énergétique devrait être à moyen terme une des voies pour donner effet et rendre opératoire la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, par conséquent, la globalité de la protection des investissements. Cette tentative d'équilibrer les intérêts en jeu entre acteurs concerne aussi un secteur crucial qu'est le domaine des investissements miniers.

Y- Paragraphe 2 : Le régime juridique selon le code minier des investissements au Sénégal

365. Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement sont marqués par l'extraction sans valeur ajoutée locale, des contrats léonins et déséquilibrés souvent⁸⁴¹. C'est la raison pour laquelle, le dispositif minier juridique a fait l'objet d'une réadaptation en 2016 sans précédent du fait d'un constat assez mitigé du Code de 2003: *« en dépit de ces résultats appréciables, notamment en termes d'investissements dans de nouveaux projets miniers et de diversification de la production minérales, les retombées de ces avancées sont restées faibles sur l'économie nationale malgré une conjoncture favorable marquée par le renchérissement des cours des matières premières. En outre, l'orientation incitative du Code de 2003, marquée notamment par le champ étendu des exonérations, n'a pas favorisé une répartition équitable des revenus entre l'investisseur et l'Etat »*⁸⁴².

366. Le nouveau Code⁸⁴³ n'est par conséquent qu'une conséquence des limites de celui de 2003 : *« Il est apparu nécessaire de procéder à un meilleur rééquilibrage de la gouvernance*

⁸⁴⁰ Voir article 8 de la Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant Code pétrolier dispose : *« L'Etat peut mener pour son propre compte soit directement, soit par l'intermédiaire d'un organisme public, seul ou en association avec des tiers nationaux ou étrangers, des opérations pétrolières conformément aux dispositions de la présente loi et des textes pris pour son application.*

L'Etat peut également, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un organisme public, prendre une participation dans une autorisation ou un permis ou dans le capital social d'une société titulaire, dans les conditions et suivant les modalités prévues par la présente loi, les textes pour son application et le contrat pétrolier ». Il est évident que ce choix de société nationale ne peut se faire que progressivement à moyen et long terme du fait des obstacles objectifs évidents : faible capacité scientifique et technologie, absence traditionnel de savoir faire en matière d'hydrocarbures (recherche/ exploration, exploitation, transport par voie d'oléoducs et Gazoducs et raffinage etc.) et manque de volonté politique de maîtrise de l'amont et l'aval énergétique etc. Toutefois, l'Etat du Sénégal doit suivre ce chemin qui consiste à créer à terme des sociétés sénégalaises (des juniors pétroliers) qui s'associent aux Majors occidentaux pour l'exploration.

⁸⁴¹ Voir V.P.Legoux , *« Législations minières des pays francophones »*, : Rev.Jur.Pol.Ind., 1978 n°2 pp.693-707, voir Deloitte, *« la reconnaissance et l'efficacité des clauses de stabilisation dans les contrats miniers »*, revue juridique et fiscale d'Afrique francophone, mars 2015, n°3, V. P. Legoux, *« La réglementation minière des territoires français d'Afrique noire et de Madagascar »*, : Revue juridique et politique de l'Union française, 1980 n°1 .24-49 et n°2 p.198-228

⁸⁴² Voir *« exposé des motifs »* de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

⁸⁴³ Cet instrument est en rupture avec le Code minier de 2003 sur le plan des incitations, des redevances versées à l'Etat et surtout sur l'instauration-désormais- de pénalités par rapport aux infractions en matière d'opérations

*des ressources minérales du Sénégal, dans le but de maintenir l'attractivité du secteur minier national et de garantir un certain équilibre, de manière à promouvoir un partenariat mutuellement avantageux entre l'Etat, l'investisseur et les communautés locales »*⁸⁴⁴. Notre analyse du régime juridique et contractuel minier du Sénégal, implique la question de la mise en place du régime de protection attractif (A) ; la protection des intérêts de l'Etat du Sénégal dans les investissements miniers (B) et la nécessité d'une approche globale et innovante en matière d'investissements miniers (C).

A : Un régime minier de protection attractif et sécurisant

Il est marqué par la consécration de règles et principes concernant les opérations pour les détenteurs de titres miniers (1) et les innovations du régime minier sénégalais (2), et les facilités juridiques et fiscales offertes aux investisseurs miniers(3).

1) Les règles, garanties et principes des opérations minières

A ce niveau il y a d'une part les garanties générales accordées par l'Etat du Sénégal (a) et le renforcement des obligations accordées par l'Etat d'accueil (b).

a- Les garanties générales accordées par l'Etat

367. Le secteur minier présente des spécificités dans un continent comme l'Afrique en général et dans sa partie ouest en particulier : En effet, l'Afrique est richement dotée en termes de ressources naturelles (inventaire géologique non complet du sous sol africain), les minerais constituent l'essentiel des exportations de la plupart des pays du continent et enfin les investissements directs étrangers ont tendance à se concentrer essentiellement sur le secteur extractif. Les États du continent ont tenté sur le plan juridique et institutionnel afin d'avoir : *« une stratégie de relance du secteur minier africain axée sur la privatisation des entreprises publiques et la cession totale ou partielle de leurs actifs à des investisseurs privés. De manière à attirer ces derniers, les gouvernements concernés ont été encouragés à adopter de nouveaux codes miniers et à développer un ensemble de dispositions institutionnelles, légales et fiscales visant à rendre le « climat des affaires » plus favorable »*⁸⁴⁵.

368. L'investissement dans le domaine minier -plus que d'autres formes d'investissements- est très risqué dans le contexte des pays d'Afrique de l'ouest. Dans la mesure, c'est en rapport direct avec les communautés locales, l'impact sur l'environnement, le patrimoine culturel et sur la dynamique générale du pays. C'est pourquoi le texte législatif du Sénégal- essaie de

minières. La règle de conformité est aussi importante pour connaître le contexte de l'adoption. Il s'agit de se conformer aux dispositions régionales et sous régionales sur les opérations minières en Afrique notamment « la vision minière africaine » de l'Union Africaine et la Directive de la CEDEAO sur les politiques minières » et du Code minier communautaire de l'UEMOA de 2003

⁸⁴⁴ Voir « *exposé des motifs* » ibid

⁸⁴⁵ Voir Benjamin Rubbers « *Les sociétés africaines face aux investissements miniers* » in Politique africaine « Micropolitiques du boom minier, Ed. Karthala, 2013 pp. 5-25 p.6

donner de véritables garanties juridiques afin de les protéger d'avantage contre des pratiques discriminatoires. Ainsi, les obligations attachées à l'exercice des opérations minières au Sénégal interdisent « *réquisitions et expropriations* »⁸⁴⁶. En guise aussi d'accorder une protection conforme aux pratiques internationales, l'Etat du Sénégal garantit la confidentialité des documents et renseignements à caractère professionnels durant les opérations minières y compris tous ses agents, sauf si ces derniers impactent et nuisent gravement à l'environnement et à la santé publique⁸⁴⁷.

369. De la même manière, la sécurité juridique accordée à l'investisseur minier étranger couvre aussi le non discrimination⁸⁴⁸. 343. Généralement, dans ce domaine, le cadre législatif avait toujours tendance à imposer des « *performances requirements* » c'est-à-dire des obligations de performances en adéquations avec les politiques de développement interne. L'option volontariste était plus ou moins privilégiée. Mais le Code du Sénégal laisse la liberté de choix au(x) détenteur(s) du titre minier : « *Il est garanti aux titulaires de titre miniers le libre choix des fournisseurs, des sous-traitants et des partenaires. Toutefois, les titulaires de titres miniers doivent élaborer et publier annuellement un plan de passation de marché* »⁸⁴⁹. Malgré la marge d'action tout de même considérable pour protéger l'investisseur minier étranger des agissements des pouvoirs publics locaux, celui-ci est soumis à certaines procédures légales vis-à-vis du ministère de tutelle des mines en ce que « *Tous protocoles, contrats et convention ayant pour objet de confier, céder ou transférer partiellement ou totalement les droits et obligations résultant du titre minier sont soumis à l'approbation préalable du Ministre chargé des mines.* »⁸⁵⁰. Vu la sensibilité du domaine minier dans le contexte africain, le titulaire de titre miniers a pas mal d'obligations à assumer dans la stratégie de partenariat avec l'Etat sénégalais.

b- Le renforcement des droits et obligations générales des investisseurs miniers

Il se fait à deux niveaux : en matière de permis de recherche minière (i) ; mais aussi en matière de titre minier d'exploitation (ii).

⁸⁴⁶ « Les installations et infrastructures bâties ou acquises dans le cadre des opérations minières ne peuvent faire l'objet d'expropriation ou de réquisition par l'Etat qu'en cas de force majeure ou d'utilité publique. Dans ce cas, l'Etat verse au titulaire du titre minier une juste indemnité fixée conformément à la législation en vigueur » voir article 82 de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

⁸⁴⁷ « Les documents et renseignements à caractère géologique, minier, industriel, commercial et de propriété intellectuelle recueillis auprès de titulaires de titres miniers ne peuvent être communiqués au public ou aux tiers que sur autorisation écrite des titulaires, ou qu'en cas de retrait ou d'expiration du titre minier. Toutefois ne peuvent être considérées comme confidentielles les données portant sur la dégradation de l'environnement, la santé et la sécurité humaine. Tout agent de l'administration des mines qui a à connaître directement ou indirectement des informations et du contenu des documents et renseignements de l'activité des titulaires de titres miniers est soumis aux obligations de secret professionnel »

⁸⁴⁸ « L'Etat garantit au titulaire d'un titre minier, à ses sous-traitants et aux personnes régulièrement employées dans la réalisation de ses opérations minières qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une quelconque discrimination dans l'exercice de leurs activités. » voir article 84 ibid

⁸⁴⁹ Voir article 85 de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

⁸⁵⁰ Voir article 85 ibid.

i- En matière de permis de recherche minière

370. Les minerais sont des substances appartenant à l'Etat en vertu de la souveraineté sur les richesses naturelles. La délivrance et le renouvellement d'un titre minier obéissent à un cadre légal et temporel bien (4 ans maximum) déterminée⁸⁵¹. Sa délivrance confère à son titulaire des droits qui y sont attachés pour lui permettre d'exercer légalement ses activités. Ainsi, ce titre confère par conséquent à son détenteur un droit : « *au prélèvement d'échantillons de substances minérales extraites à l'occasion des travaux de recherche, sous réserve de déclarations... ; à un permis d'exploitation minière sous réserve du respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur... ; à une priorité pour l'octroi d'un titre de recherche de toute substance autre que celle liée à son titre minier et qui serait découverte à l'intérieur du périmètre du permis de recherche en cours de validité* »⁸⁵². Dans ce domaine, comme dans d'autres en matière d'investissement étrangers, l'investisseur n'a pas que des droits, il est soumis à un ensemble d'obligations attachées au permis de recherche en autres bien exécuter le permis, dépenser pour le programme de travaux agréé, débiter les travaux, informer régulièrement l'administration des mines, réhabiliter les sites ayant fait l'objet de travaux de recherche... réaliser une évaluation environnementale⁸⁵³.

371. Dans le cadre du cadre législatif sénégalais relatif aux mines, l'investisseur titulaire d'un permis a des droits- mais des droits strictement encadrés-. C'est-à-dire leur exercice dépend des procédures établies. L'exercice dépend aussi des informations reçues ou données à l'administration compétente sénégalaise. Il est du cas où le titulaire a envi de renoncer au permis de recherche. Dans ce cas, il est tenu : « *notamment* :

- *de prendre toutes les dispositions nécessaires pour la protection de l'environnement, la réhabilitation des sites concernés, conformément à la législation en vigueur ;*
- *de fournir au Ministre chargé des mines, en trois(3) exemplaires originaux, un rapport détaillé sur les travaux réalisés, en formats papier et numérique appropriés... »*⁸⁵⁴. L'octroi d'un permis de recherche donne à l'administration des mines du Sénégal des prérogatives importantes de contrôle et de surveillance envers le titulaire. Cela est particulièrement vrai en matière de retrait de permis de recherche. L'administration chargée du suivi des opérations minières au Sénégal peut procéder au

⁸⁵¹ Il est « *délivré pour une durée n'excédant pas quatre (4) ans par arrêté du Ministre chargé des mines* », voir article 17 Code des mines du Sénégal

⁸⁵² Voir article 19 – droits conférés au titulaire de permis de recherche- de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant *Code minier* du Sénégal. Cette loi a aussi consacré la notion de gisement économiquement exploitable par le titulaire du permis, il s'agit pour le titulaire du permis de « *solliciter le passage à l'exploitation en cas de mise en évidence d'un ou de plusieurs gisements économiquement exploitables dans les conditions prévues par le présent Code... Toute découverte d'un gisement économiquement exploitable par le titulaire d'un permis de recherche minière donne un droit exclusif, en cas de demande d'exploitation avant expiration de ce permis, à l'octroi d'un permis d'exploitation minière portant sur le périmètre de ladite découverte* »

⁸⁵³ Voir Article 20 du Code minier Sénégalais.

⁸⁵⁴ Voir article 21 de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant *Code minier* du Sénégal

retrait du titre minier pour manquement par le titulaire à ses obligations dans les cas suivants : «

- *activité de recherche suspendue pendant plus de six(6) mois ou restreinte gravement sans motif légitime et de façon préjudiciable à l'intérêt général ;inactivité persistante, activité sans rapport avec l'effort financier défini dans la convention minière et ses avenants éventuels ;étude de faisabilité produite ayant démontré l'existence d'un gisement économiquement exploitable à l'intérieur du périmètre du permis de recherche sans être suivie d'une demande de permis d'exploitation dans un délai maximum de six(6) mois après la confirmation par ladite étude de la rentabilité commerciale de la découverte de non-paiement des redevances superficielles exigibles ;transfert ou amodiation des droits conférés par le permis de recherche sans l'approbation préalable du ministre chargé des mines. Le retrait du permis de recherche ...n'ouvre droit à aucune forme d'indemnisation ou de dédommagement de la part de l'Etat »⁸⁵⁵.*

Le cadre juridique des investissements miniers au Sénégal a connu des innovations majeures en prévoyant certains types d'investissements.

2) Les innovations majeures du régime juridique minier en faveur des petits exploitants

Elles concernent certains types d'investissements pour corriger les défaillances antérieures : il s'agit des investissements dans la petite mine (a), des investissements relatifs à l'exploration minière semi-mécanisée (b) et enfin, il y a un statut particulier octroyé à l'exploitation minière artisanale (c).

a- Les investissements dans la petite mine

372. En matière d'investissement miniers internationaux dans les pays en développement, la remarque principale notée c'est qu'ils concernent les mégaprojets miniers passés par des grandes firmes transnationales extractives⁸⁵⁶. La plupart du temps, ces projets n'ont pas eu l'impact positif en termes de retombées économiques, fiscales, sociales et environnementales. C'est la raison pour laquelle, le nouveau cadre législatif et réglementaire du Sénégal de 2016 précité se veut en rupture avec le Code de 2003⁸⁵⁷. Cette stratégie de rupture poursuit un but déterminé inclure les personnes physiques et morales de nationalité sénégalaise dans les opérations minières traditionnellement sous le monopole d'entreprises étrangères. Cela se traduit par la consécration dans le dispositif législatif et réglementaire de la notion de « petite

⁸⁵⁵ Voir article 22 *ibid*

⁸⁵⁶ Voir Charles Leben « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », J.D.I. n°4 octobre-novembre-décembre 1986 pp.895-957 p.927

⁸⁵⁷ Voir la loi n°2003-36 du 24 novembre 2003 portant Code minier qui avait « une orientation incitative et marquée notamment par le champ étendu des exonérations » aujourd'hui abrogée et remplacée par la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier.

mine » définie à l'art.36 du Code minier⁸⁵⁸. Cette dernière obéit à des procédures bien définies au même titre que les titres miniers de recherche et les titres miniers d'exploitation. Son « *autorisation d'exploitation de petite mine est délivrée par arrêté du Ministre chargé des mines pour une durée n'excédant pas cinq(5) ans* »⁸⁵⁹. Le détenteur de l'autorisation d'exploitation de la petite mine a plusieurs options concernant l'autorisation délivrée⁸⁶⁰.

373. Ensuite, il y a les obligations attachées à l'autorisation d'exploitation, le détenteur est tenu : « *conformément à la législation en vigueur, de veiller au respect de l'environnement et de réhabiliter les sites d'exploitation ; il doit réparation aux tiers ayant subi un préjudice. L'exploitation des substances minérales autorisées se fait dans les règles de l'art, de manière optimale et rationnelle, dans le respect des normes de sécurité, d'hygiène et de préservation de l'environnement* »⁸⁶¹. Le titulaire de l'autorisation d'exploitation de petite mine : « *peut solliciter, dans un délai de deux(2) mois, à compter de la date de confirmation de l'existence d'un gisement, la transformation de son titre minier en permis d'exploitation minière* »⁸⁶². Malgré cette innovation concernant « la petite mine » la problématique majeure dans les investissements extractifs au Sénégal, c'est l'absence de veille et de suivi(en matière de capacité technologique et financière) du partenaire de l'Etat pour vérifier de ses capacités éventuelles. Selon les auteurs français Thierry Lauriol et Emilie Raynaud : « *s'agissant des capacités techniques de l'exploitant, elles seront notamment appréciées au regard du nombre d'années d'expérience de l'exploitant privé dans le secteur concerné, du nombre de projets effectués au cours des années précédant la demande de permis ou encore au regard des compétences du responsable technique des travaux* »⁸⁶³. L'expérimentation des exploitations minière concerne aussi les « exploitations semi-mécanisée ».

b- La notion d'exploitation minière semi-mécanisée

374. Dans le nouveau Code minier du Sénégal, les opérations minières relatives à l'exploitation minière- mécanisée⁸⁶⁴ vise une forme d'exploitation minière plus petite, car contrairement à la petite mine qui est de 500 ha : « *Le périmètre objet de l'exploitation minière semi-mécanisée est de forme carré ou rectangulaire et de superficie n'excédant pas*

⁸⁵⁸ « La petite mine s'applique aux substances de mines provenant de gites primaires ou secondaires affleurant ou sub-affleurants. » voir article 36 du Code minier

⁸⁵⁹ Voir article 38 du Code minier du Sénégal

⁸⁶⁰ Selon l'article 39 il peut « solliciter l'extension de son autorisation à ces substances... » De même que « l'autorisation d'exploitation de la petite mine est renouvelable dans les mêmes formes pour des périodes n'excédant pas cinq(5) ans, et ce jusqu'à épuisement des réserves... » Voir article 40 ibid.

⁸⁶¹ Voir article 42 « obligations attachées à l'autorisation d'exploitation de petite mine » du Code minier du Sénégal

⁸⁶² Voir article 43 de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier

⁸⁶³ Voir Th. Lauriol et E. Raynaud ouvrage précité p.175

⁸⁶⁴ Selon le Code : « il s'applique aux substances de mines provenant de gites primaires ou secondaires affleurants ou sub-affleurants. » voir article 46. Elle désigne aussi : « toute exploitation dont la capacité de traitement journalière ne dépasse pas cinq cent(500) tonnes de minerai et consistant à extraire et concentrer des substances minérales et à récupérer les produits marchands pour en disposer en utilisant quelques moyens mécaniques dans la chaîne des opérations » voir la loi n° 2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal article 1^{er} 16.

cinquante(50) hectares »⁸⁶⁵. Comparée à la petite mine, l'autorisation d'exploitation minière semi-mécanisée se différencie sur plusieurs aspects notamment sur sa durée car : « elle est accordée pour une durée n'excédant pas trois(3) ans et constitue un bien meuble »⁸⁶⁶.

375. De même concernant le renouvellement de l'autorisation d'exploitation, pour la petite mine elle « *est renouvelable dans les mêmes formes pour des périodes n'excédant pas cinq (5ans) »⁸⁶⁷*, alors que pour le renouvellement de l'autorisation d'exploitation minière semi-mécanisée le texte législatif sénégalais dit « *est renouvelable dans les mêmes formes pour des périodes n'excédant pas trois(3) ans »⁸⁶⁸*. La remarque qu'on peut faire, c'est que ces deux régimes d'exploitations minières « petite mine et exploitation semi-mécanisée » -malgré l'allégement des procédures et la volonté d'innovation du Code- auront-ils- leurs effets sur les personnes physiques et morales sénégalaises ? Il est difficile de répondre à cette question : tant le Code est à peine applicable et que les autorités compétentes nationales tendent à rééquilibrer la gouvernance des ressources minières par la « *création de zones promotionnelles pour encourager les investissements dans des périmètres à fort potentiel minier »⁸⁶⁹*. Quoi qu'il en soit, dans la volonté d'orientation incitative et du maintien de l'attractivité du secteur minier, l'exploitation minière artisanale, en vue de la protection globale de l'investissement, se voit pleinement accorder un statut en bonne et due forme.

c- Un statut octroyé à l'exploitation minière artisanale

376. L'exploitation traditionnelle des mines est une vieille tradition et savoir-faire africains. Dans les zones riches en ressources minières, les populations locales ont toujours coexisté avec les firmes minières transnationales (détentrices de titres en bonne et due forme) pour l'exploitation traditionnelle qui est manuelle, et souvent de façon clandestine. C'est la raison pour laquelle, le statut accordé à « l'exploitation minière artisanale » obéit à une double préoccupation : d'une part, une préoccupation promotionnelle qui :« *consiste d'apporter opportunément une plus grande rationalisation avec un nouveau dispositif réglementaire relatif à l'activité d'orpaillage, à la définition et à la délimitation de couloirs d'orpaillage et des conditions d'ouverture et d'exploitation de comptoirs de commercialisation de métaux précieux et de pierres précieuses. »⁸⁷⁰*, et d'autre part, une préoccupation légitimiste qui consiste à reconnaître officiellement l'artisanat et au savoir-faire traditionnels en matière d'exploitation non industrielle des minerais (informel⁸⁷¹).

⁸⁶⁵ Voir article 47 *ibid*.

⁸⁶⁶ Voir article 48 *ibid* Alors que concernant la « petite mine » « l'autorisation d'exploitation est accordée pour une durée n'excédant pas cinq(5) ans. »

⁸⁶⁷ Article 40 *précité*

⁸⁶⁸ Article 49 du Code minier du Sénégal

⁸⁶⁹ Voir la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant *Code minier* du Sénégal dans son « *exposé des motifs* »

⁸⁷⁰ Voir *Code Minier* du Sénégal « *exposé des motifs* »

⁸⁷¹ Le *Code minier* dans son article 1^{er} 15^e al. En donne la définition suivante à propos de l'exploitation minière artisanale : « *toute exploitation dont les activités consistent à extraire et concentrer des substances minérales et à récupérer les produits marchands en utilisant des méthodes et procédés manuels et traditionnels* »

377. Dans certains pays, d'Afrique de l'ouest- particulièrement riches en ressources minières comme la Guinée- le législateur n'octroie les titres miniers de production artisanale qu'aux nationaux (personnes physiques ou morales)⁸⁷². La vieille activité minière artisanale obéit à une procédure particulière d'autorisation qui voit l'intervention simultanée des autorités administratives au niveau nationales et des autorités locales du commune concernée : *« L'autorisation d'exploitation minière artisanale est délivrée par l'administration des mines compétentes après consultations administratives compétentes et de la commune ou des communes concernées...L'autorisation d'exploitation minière artisanale est accordée pour une durée de cinq(5)ans et donne lieu au paiement d'un droit fixe. Une carte artisanat minier est délivrée à cet effet »*⁸⁷³. Cette activité minière artisanale obéit à une procédure particulière qui doit : *« permettre la mise en œuvre du suivi administratif de l'activité et doit aboutir à rendre possible le contrôle de proximité nécessaire. L'autorisation d'exploitation minière artisanale est valable à l'intérieur de la circonscription de la collectivité territoriale où elle a été délivrée. »*⁸⁷⁴.

378. Toutes les opérations minières font l'objet d'un encadrement rigoureux de la part des administrations compétentes, mais l'exploitation minière traditionnelle fait l'objet d'une attention particulière du fait des risques multiformes dont elle génère pour son titulaire, mais aussi pour l'environnement. Ainsi, il est formulé un suivi spécial pour les détenteurs-exigeant que : *« Les autorisations d'exploitation minière artisanale soient enregistrées sur un registre spécial tenu à jour par l'administration des mines. Le ministre chargé des mines établit, chaque année, une liste des titulaires »*⁸⁷⁵. Cette veille administrative pour les miniers artisanaux exige à la fois surveillance administrative⁸⁷⁶ et assistance technique⁸⁷⁷. La plus grande place accordée aux activités minières traditionnelles réputées informelles constitue une nouveauté parmi les innovations du Code minier. Toutefois, une vigilance des autorités compétentes s'imposent pour que ces activités artisanales n'empiètent pas sur la protection que la loi accorde aux grands investisseurs miniers internationaux dans les zones d'exploitation. En réalité, ici, il est procédé à un aménagement des opérations minières entre ces deux acteurs. Le cadre législatif et contractuel sénégalais accorde des exonérations fiscales importantes aux investisseurs miniers également.

⁸⁷² Dans ce pays, l'article 53 de la loi n°2011/006/CNT du 9 septembre 2011 portant *code minier* de la Guinée prévoit : *« l'octroi de l'autorisation d'exploitation artisanale est réservé aux seules personnes physiques de nationalité guinéenne, aux personnes morales dont les capitaux sont entièrement détenus par des guinéens ou aux ressortissants des pays accordant la réciprocité aux guinéens. L'exploitation artisanale est interdite aux actionnaires et employés des sociétés minières, des comptoirs d'achat et des bureaux d'achat d'or. »* Cité par TH. Lauriol et E. Reynaud p. 176

⁸⁷³ Voir article 60 du décret n°2017-459 fixant les modalités d'application de la loi n°2016-32 du 8 novembre 2016 portant *Code minier* du Sénégal

⁸⁷⁴ Voir article 55 de la loi n°2016-32 du 8 novembre portant *Code minier* du Sénégal

⁸⁷⁵ Voir article 57 *ibid*.

⁸⁷⁶ Posée par le Code dans son article 30 qui dispose que : *« Les agents assermentés de l'administration des mines dument habilités veillent à faire respecter par les titulaires concernés les mesures de sécurité, d'hygiène et de protection de l'environnement.. »*

⁸⁷⁷ Elle incombe à l'administration des mines, *« elle consiste à fournir aux titulaires d'autorisation d'exploitation minière artisanale et aux collectivités locales concernées l'assistance technique ainsi que la formation en matière de recherche et d'exploitation, de sécurité et d'hygiène dans les sites d'exploitation minière artisanales, de protection de l'environnement... »*

3) Les facilités juridiques et fiscales offertes aux investisseurs miniers

Elles concernent les droits et redevances fiscaux (a). Il y a aussi les facilités accordées durant les phases de recherche (b) et enfin les phases d'exploitations minières (c).

a- Les droits et redevances fiscaux miniers

379. Les faveurs fiscales constituent un marqueur de la réglementation minière au Sénégal. Toutefois, dans un souci de stabilisation de l'environnement fiscal et d'allègement des procédures, il est prévu un versement unique. Ainsi, dans le cadre des droits fixes d'entrée : « *L'attribution, le renouvellement, l'extension, la prorogation, ou la transformation ainsi que le transfert ou l'amodiation des titres miniers de recherche et d'exploitation sont soumis au paiement de droits fixes d'entrée, acquittés en un seul versement : prévus ci-après*

Permis de recherche	2 500 000 FCFA
Permis d'exploitation	10 000 000 FCFA
Autorisation d'exploitation de carrière permanente	2 500 000 FCFA
Autorisation d'exploitation de carrière temporaire	1 000 000 FCFA
Autorisation de la petite mine	2 500 000 FCFA
Autorisation d'exploitation minière semi-mécanisée	1 500 000 FCFA
Autorisation d'exploitation minière artisanale	50 000 FCFA

Source : *Code minier* du Sénégal loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 dans son article 74- « *Droits et redevances* »

380. Ce tableau montre une fiscalité minière spécialisée selon la nature des permis miniers. On note une fiscalisation assez élevée des permis d'exploitation minière, les autorisations d'exploitation de carrière permanent et les autorisation d'exploitation de petite mine qui sont respectivement fiscalisés à 10 000 000 FCFA, et les permis de recherche, autorisations d'exploitation permanent et l'autorisation de petite mine à 2 500 000 FCFA. Alors que l'autorisation d'exploitation de carrière temporaire, l'autorisation d'exploitation minière semi-mécanisée et l'autorisation d'exploitation minière artisanale sont fiscalisées respectivement à 1 000 000 FCFA, à 1 500 000 FCFA et 50 000 FCFA.

381. Le titulaire d'un titre, quel qu'il soit, est tenu au versement annuel d'une redevance à l'administration fiscale du pays dont le montant est arrêté par l'art.75⁸⁷⁸. La fiscalité minière

⁸⁷⁸ Article 75 le régit ainsi « *Le titulaire d'un titre minier est assujéti au paiement d'une redevance superficielle annuelle dont le montant est déterminé comme suit :*

a) *Permis de recherche, à la délivrance et à chaque renouvellement :*
-première période de validité : 5000 FCFA/Km2/année ;

n'échappe pas au dilemme qui caractérise un pays comme le Sénégal en matière de protection des investissements : d'une part, il compte réserver un accueil conforme aux pratiques juridique internationales en matière de traitement de l'investissement et d'autre part, l'Etat du Sénégal (vu son statut de pays en développement manquant de ressources financières) veut profiter des ressources fiscales générées par l'implantation de firmes minières internationales. C'est pourquoi, en vue de ne pas multiplier les exonérations ruineuses au plan financier, la redevance minière, elle, ne peut faire l'objet d'aucune exonérations: « *A l'exception des activités d'exploitation faisant l'objet d'un contrat de partage de production, toute activité d'exploitation de substances minérales, autorisée conformément aux dispositions du présent Code, est soumise au paiement trimestriel de la redevance minière dont l'assiette est la valeur marchande du produit commercialisé localement ou la valeur FOB du produit exporté...* »⁸⁷⁹. Les investissements miniers obéissent à différentes phases et durant chaque phase, il y a octroie d'avantages pour faciliter les opérations minières.

b- Les avantages pendant la phase de recherche

382. En matière d'investissement dans les ressources extractives, un constat s'impose par le fait que l'entreprise minière étrangère entreprend des activités de recherche et de prospection minières avec du préfinancement c'est-à-dire avec ses derniers personnels. Ce qui nécessite et justifie les larges exonérations fiscales dont bénéficient les firmes minières. Le gouvernement du Sénégal a consacré cette pratique fiscale avantageuse et attractive dans ses différentes conventions minières de recherche : « *Le titulaire du permis de recherche de substances minérales bénéficie dans le cadre de ses opérations de recherche pendant toute la durée de sa validité et de ses renouvellement éventuels d'un régime d'exonération totale d'impôts et de taxes de toute nature* »⁸⁸⁰.

383. L'exonération concerne aussi l'aval de la recherche et concerne les différents matériaux et produits qui entrent dans le cadre des opérations de recherche du contractant de l'Etat : « *Est exonéré de tous droits et taxes de douanes, y compris la taxe sur la valeur ajoutée(TVA) et le prélèvement du Conseil Sénégalais des Chargeurs(COSEC) et d'autres*

-première période de renouvellement : 6500FCFA/KM2/année ;

-deuxième période de renouvellement : 8000 FCFA/Km2/année.

b) permis d'exploitation minière, à la délivrance et à chaque renouvellement : 250.000FCFA/Km2/année

c) autorisation d'exploitation de petite mine : 50 000 FCFA/ha/année à la délivrance et à chaque renouvellement ;

d) autorisation d'exploitation de carrière permanente : 50 000 FCFA : ha/année à la délivrance et à chaque renouvellement ;

e) autorisation d'exploitation minière semi-mécanisée : 50 000 FCFA/ha/année à la délivrance et à chaque renouvellement »

⁸⁷⁹ Voir article 77 de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

⁸⁸⁰ Voir article 10 « exonérations fiscales » de la Convention minière pour l'or et les substances connexes passée entre le « Gouvernement de la République du Sénégal et energy and mining corporation » « Périmètre de Dalafin » signé le 14 aout 2007, voir aussi article 7 de la convention de recherche pour l'or et les substances connexes passée entre le Gouvernement de la République du Sénégal et la Société de recherche et d'exploitation aurifère « AGEM » « périmètre du permis de recherche « Bambadji » signé le 28 mars 1991

taxes de toutes natures, à l'exception de la Redevance statistique de l'UEMOA, cette exonération porte sur : les matériels, matériaux, fournitures, machines engins et équipements, véhicules utilitaires inclus dans le programme agréé ainsi que les pièces de rechange et les produits et matières consommables ni produits ni fabriqués au Sénégal et destinés de manière spécifique et définitivement aux opérations de recherche minière »⁸⁸¹ . Par conséquent, tout est fait et mis en œuvre par l'administration sénégalaise pour réserver le meilleur traitement fiscal possible au contractant et à tout investisseur éventuel. A ce propos le régime de l'admission temporaire accélère la simplification de la procédure pour bénéficier de toute exonération de taxe à l'importation.⁸⁸² De la même manière, que la phase de recherche, le contractant de l'administration ou l'investisseur minier éventuel est protégé contre la fiscalité excessive de ses opérations en phase d'exploitation minière.

c- Les avantages pendant la phase d'exploitation

384. Le traitement fiscal de faveur concerne toutes les phases des opérations minières. Si au Sénégal, ces avantages sont inscrits dans le Code minier et le décret portant application de celui et les conventions minières types signés par le Sénégal, au Niger, par contre le cadre juridique et fiscal des investissements miniers est beaucoup plus innovant et étoffé incluant TVA et patente⁸⁸³ Au Sénégal, l'aval minier -production et exportation des mines- c'est-à-dire la phase d'exploitation est marquée par beaucoup de facilités fiscales en faveur de 'investisseur minier : *« pendant toute la durée de l'exploitation, le titulaire du permis d'exploitation ou de concession minière est exonéré de la taxe d'exportation des produits issus de ses activités d'exploitation sur le périmètre du titre minier d'exploitation accordé »*⁸⁸⁴. Dans cette phase, les contractant de l'administration titulaire d'un titre minier d'exploitation est néanmoins *« assujetti à l'impôt sur les sociétés conformément aux dispositions du Code général des impôts »*⁸⁸⁵. Les contrats types signés par le Sénégal peuvent prévoir son exonération temporelle par une clause comme celle-ci : *« le titulaire d'une*

⁸⁸¹ Voir article 11 *ibid*.

⁸⁸² Ainsi : *« Sur simple présentation certifiée conforme d'un permis de recherche, les matériels, matériaux, fournitures, machines, équipements et véhicules utilitaires destinés directement aux opérations de recherche minière ainsi que les machines et véhicules de chantier pouvant être réexportés ou cédés après utilisation, bénéficient de l'admission temporaire, en suspension totale des droits et taxes à l'importation. »*, voir article 79 de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

⁸⁸³ Dans ce pays d'Afrique de l'ouest le cadre législatif consacre l'existence d'une loi spéciale : la Loi n°2008-30 du 3 juillet 2008 dont l'article 7 dispose : *« Le titulaire d'un permis d'exploitation dans le cadre des grands projets miniers bénéficie, en sus des avantages fiscaux consentis par la réglementation minière en vigueur à la date de la signature de sa convention, des avantages fiscaux suivants :*

.. Exonération de la TVA afférente aux opérations minières pendant toute la durée de validité du permis d'exploitation ;

.. Exonération de la contribution des patentes pendant toute la durée de validité du permis d'exploitation »

⁸⁸⁴ Voir article 27 de la Convention minière « *Dalafin* » signé le 14 août 2007 précité

⁸⁸⁵ Voir article 28 *ibid*

concession minière bénéficie, pendant une durée de sept(7) ans, de l'exonération de l'impôt sur les sociétés à partir de la date de délivrance de la concession minière »⁸⁸⁶.

385. Le Sénégal pour accélérer l'implantation de grandes firmes minières internationales qui ont besoin de traitement et d'avantages spécifique, prévoit des traitement fiscaux particuliers corrélés à la durée des emprunts de ces grandes firmes faisant de gros investissements : *« Pour les grands projets d'exploitation faisant l'objet de concession minière et nécessitant la mobilisation d'investissements lourds bénéficient pour les avantages fiscaux et douaniers susmentionnés, d'une durée d'exonération au moins égale à la période de remboursement des emprunts qui ne pourra pas excéder quinze(15) ans, à partir de la date de délivrance de la concession minière »⁸⁸⁷.* Pour la fiscalité de la petite mine durant la réalisation des investissements, le titulaire du permis d'exploitation est cette fois-ci assujetti à la fiscalité communautaire selon la loi minière du Sénégal. En effet, toute opération bénéficie certes de droits et taxes douaniers, mais est assujetti au paiement du prélèvement communautaire de solidarité(PCS), du prélèvement communautaire et de toutes autres taxes communautaires à venir⁸⁸⁸. Les investissements miniers tels qu'ils sont menés dans le contexte d'un pays comme le Sénégal sont déséquilibrés si on fait la balance des droits, avantages et obligations entre acteurs (l'Etat et contractant).

B : La protection insuffisante des intérêts de l'Etat dans les investissements miniers

Elle est insuffisante du fait du lancinant problème lié à la faiblesse du capital de l'Etat dans les sociétés d'exploitation (1), et, d'un autre facteur dommageable qu'est l'excessivité des exonérations fiscales désavantageuses (2).

1) Le lancinant problème du pourcentage faible dans le capital des sociétés d'exploitation

386. Les investissements miniers internationaux ont certaines particularités : ils exigent une forte intensité capitalistique, la capacité à mobiliser des investissements massifs et lourds de la part de la part de firmes et la capacité scientifique et technique savoir faire consistant à maîtriser toute la chaîne de l'exploitation minière (recherche, exploitation, système de transport et transformation etc.). Exigences et expertise qu'un pays, en développement, comme le Sénégal n'a pas. C'est la raison pour laquelle, la possession d'une certaine majorité dans le capital de sociétés de recherche, d'exploitation ou les concessions minières se justifient vus les capacités respectives des acteurs. Cependant, la répartition du capital dans les concessions minières créées et le partage de la production minière trahit un déséquilibre flagrant et manifeste qui ne profitent pas à l'Etat. La législation minière et les conventions

⁸⁸⁶ Voir article 28 de la Convention entre le Gouvernement du Sénégal et Energy and mining corporation « *périmètre Dalafin* » du 14 aout 2007

⁸⁸⁷ Voir article 27 dernier al. Ibid

⁸⁸⁸ Voir article 81 « *période de réalisation de l'investissement* » de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

minières types signées par le Sénégal lui attribut généralement un pourcentage faible : « *L'octroi d'un permis d'exploitation minière donne droit à l'Etat à une participation gratuite de dix pour cent(10%) au capital social de la société d'exploitation pendant toute la durée de vie de la mine. Cette participation, libre de toutes charges, ne doit connaître aucune dilution en cas d'augmentation du capital social* »⁸⁸⁹.

387. Toutefois, cette présence de dix pour cent est symbolique. Car en fonction du caractère stratégique de la minerais, l'Etat du Sénégal a la capacité d'entrer dans le capital d'une société avec un pourcentage assez important au niveau du capital : « *L'Etat peut, en sus de sa part gratuite au capital, négocier pour lui et/ou le secteur privé national, à titre onéreux, une participation supplémentaire jusqu'à la hauteur de vingt-cinq pour cent(25%) au capital de la société d'exploitation, selon les modalités habituelles en vigueur en la matière* »⁸⁹⁰. Cette volonté d'augmenter progressivement dans le capital des sociétés d'exploitation est soulignée dans les conventions minières types signées par l'Etat du Sénégal⁸⁹¹. Pour un secteur si stratégique et d'une importance majeure et fondamentale pour l'industrialisation future du pays, il ne sera pas concevable à moyen et long terme, que l'Etat du Sénégal se contente du stricte minimum dans le capital des sociétés d'exploitation.

388. Par conséquent, l'enjeu futur des contrats de partage de production « qui est de fixer les rapports entre l'Etat et le contractant pendant toute la durée des opérations minières... en fonction des droits et obligations de l'Etat et du contractant » devrait être une résolution progressive de ce déséquilibre à travers, entre autres, un droit de préemption prioritaire en cas de cession, ouverture de capital ou de vente de parts dans le capital de sociétés d'exploitation. Puis que dans le domaine minier, comme dans les autres domaines, il faut équilibrer progressivement les rapports et les intérêts pour espérer obtenir la globalité de la protection. Il s'agit aussi de mettre en place un nouveau modèle de convention minière type lui réservant la moitié du capital à la puissance publique quand il s'agit d'exploitation de minerais stratégiques et enfin de négocier la participation du secteur privé national(à titre minoritaire) dans le capital des sociétés constituées pour l'exploitation des mines. Une autre pratique considérée comme ayant un bilan mitigé pour l'attractivité aux investissements extractifs et la globalité de la protection est le caractère excessif des exonérations fiscales au bénéfice du contractant de l'Etat.

2) L'excessivité des exonérations fiscales désavantageuses

389. Le problème à la pratique des exonérations est un obstacle sérieux à l'établissement d'un partenariat minier gagnant- gagnant et mutuellement avantageux entre l'Etat et les firmes

⁸⁸⁹ Voir article 31 du Code minier du Sénégal « *Participation de l'Etat* »

⁸⁹⁰ Voir article 31 *ibid.*

⁸⁹¹ Voir article 21- de la Convention minière pour l'Or et les substances connexes entre le gouvernement de la République du Sénégal et energy and mining corporation « *Périmètre d'afan* » signé le 14 août 2007- dispose : « *En cas d'augmentation du capital de la société d'exploitation intervenant à n'importe quel moment de la vie de la mine, l'Etat se réserve, en sus des dix pour cent(10%) d'actions nouvelles gratuites , le droit d'acquérir à titre onéreux pour lui ou le secteur privé national vingt pour cent (20%) d'actions nouvelles, de telle sorte que la part sociale ne puisse être modifiée du fait de l'augmentation du capital* »

étrangères (juniors et majeurs). Les pays d'Afrique de l'ouest généralement et les Sénégal en particulier, sous prétexte de rendre l'environnement des investissements attractif au plan fiscal, procèdent –à travers le cadre législatif, réglementaire et contractuel minier– à des pratiques fiscales marquées entre autres par : l'exonération pour un nombre important d'impôts, diminution d'impôts pour certaines catégories d'investisseurs extractifs, taxes et redevances non exigées pour l'importation de certains matériels et matériaux et l'inexistence d'impôts et taxes locaux et enfin, il y a –pour un pays considéré comme très vulnérable aux changements climatiques– une timidité fiscale sur les questions environnementales⁸⁹². Cette « excessivité » des exonérations fiscales consacrées par le modèle type de conventions minières signé par le Sénégal⁸⁹³ fut longtemps admise pour des raisons liées à la stabilité des clauses contractuelles sur une longue période⁸⁹⁴. La recherche de stabilité des situations juridiques et la nécessité de rendre le secteur minier national attractif, ne justifient pas et ne doivent plus justifier (pour les grands projets miniers futurs) le manque à gagner immense pour le Trésor public.

390. Autrement dit, on peut protéger un investisseur étranger, lui en accorder le traitement conforme aux normes standards et aux meilleures pratiques internationales en la matière, tout en défendant les intérêts majeurs et légitimes du citoyen national. Cela est d'autant possible et vraie que les ressources minières nationales appartiennent au peuple⁸⁹⁵. Le temps est venu pour l'Etat du Sénégal de faire une « *revisitation douce* » de l'ensemble des conventions minières signées⁸⁹⁶ surtout en ce qui concerne leurs clauses fiscales. Dans l'avenir, il faudra pour un pays comme le Sénégal envisager de ne plus signer d'engagement long qui ne protège

⁸⁹² Une fiscalisation des effets nocifs des opérations minières sous forme de (contribution environnementale pour la solidarité) serait une bonne entame pour responsabiliser les firmes minières ayant une implantation locale. Voir (M.) Pelletier, « *Les pratiques d'optimisation fiscale et le juge de l'impôt* » pp.223-234 in SFDI colloque de Paris 8 Vincennes-Saint-Denis « *L'entreprise multinationale et le droit international* », éd.A. Pedone ? Paris 2017

⁸⁹³ Cette problématique fiscale dépasse largement le cas du Sénégal pour concerner tous les pays d'Afrique de l'ouest : d'une part, les États –eux-mêmes jouent sur le levier fiscal pour être attractif et d'autre part, les investisseurs miniers étrangers pratiquent l'optimisation fiscale à outrance pour rentabiliser leur mise de départ et assurer le retour sur investissement. Voir (N.) Bonucci « *La lutte contre l'optimisation fiscale à travers les instruments de l'OCDE* » pp.235-245 in SFDI colloque de Paris 8 Vincennes Saint-Denis « *L'entreprise multinationale et le droit international* », Paris, éd. A. Pedone 2017

⁸⁹⁴ Deux auteurs le résument fort bien : « *Les clauses de stabilisation, largement appliquées dans le secteur extractif, trouvent dans le domaine fiscal un champ d'application particulièrement privilégié. Une modification du régime fiscal applicable aux opérations minières et pétrolières peut être lourde de conséquence et largement impacter la rentabilité d'un projet extractif. Ainsi, de très nombreux contrats d'exploitation, tenant compte de la durée particulièrement longue des opérations, contiennent des clauses de stabilisation ayant pour objet de fixer la législation fiscale locale en vigueur au moment de leur signature, en le déclarant applicable à la durée totale des engagements. La garantie de stabilité dans le domaine fiscal a pour objectif principal que l'exploitant privé ne soit pas pénalisé par un changement ayant comme effet d'augmenter la charge fiscale* », Voir (Th.) Lauriol et (Em.) Raynaud dans leur ouvrage sur le « *droit pétrolier et minier en Afrique* », Paris, éd. LGDJ, 2016 p.269-270 précité, Voir Jean D- Charbonnel « *L'Accord de New-York sur la participation des États producteurs de pétrole dans le capital des sociétés concessionnaires* », AFDI 1973 pp.740-751

⁸⁹⁵ Cela est consacré par la Résolution 1803(XVII), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Adoptée le 14 décembre 1962 par 87 voix contre 2 et 12 abstentions. Ce texte dispose dans son alinéa 1^{er} : « *Le droit de souveraineté permanent des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé.* »

⁸⁹⁶ Cette nécessité s'impose afin de faire un tri pour atténuer le caractère léonin des différents contrats par : 1° maintenir certaines (les plus équilibrées), 2° renégocier d'autres moins favorables qui semblent être des contrats d'adhésion et 3° annuler celles qui semblent pas du tout prendre en compte les intérêts de l'Etat et des communautés locales

que timidement les intérêts de l'Etat. Cela est d'autant plus évident que la fiscalité constitue un outil privilégié pour équilibrer les rapports en faveur de l'Etat sénégalais. En effet, le domaine minier est un domaine complexe (tant du fait de la complexité des recherches et des efforts scientifiques considérables fournies pour l'exploitation des minerais et le montage financier nécessaire pour financer les projets qui sont intégrés⁸⁹⁷) c'est la raison pour laquelle, le seul vrai aspect sur lequel l'Etat peut agir c'est le levier fiscal. Il doit user de ce levier stratégique pour protéger ses finances avant celles du contractant. Ceci pousse à évoquer ce qui devrait être une finalité des investissements miniers. C'est-à-dire la nécessité d'une protection globale et englobant. Elle consiste à défendre dans toutes les phases de l'investissement les intérêts de l'Etat et de(s) firme(s) minière(s) pour obtenir une réelle sécurité juridique de la protection. La protection globale-qui n'est pas toujours le cas en Afrique de l'ouest vu le déséquilibre en matière d'obligations- doit être désormais un enjeu et une finalité des pratiques d'investissement particulièrement dans le secteur extractif.

C : Investissements miniers étrangers : la nécessité d'une protection globale et innovante

L'investissement minier au Sénégal a devant lui beaucoup de défis et de perspectives parmi lesquels : l'acceptabilité sociale des investissements miniers étrangers (1), aussi la satisfaction des intérêts légitimes des communautés locales (2), la conditionnalité environnementale (3) et enfin, la conditionnalité du respect des droits de l'homme (4).

1) L'acceptabilité sociale des investissements miniers étrangers

391. Généralement, un investissement est synonyme de création de richesses et de valeurs. Toutefois dans un continent comme l'Afrique et en particulier dans un pays comme le Sénégal, cette affirmation mérite une certaine nuance. En effet, les concessions minières accordées il y a longtemps n'ont pas permis aux communautés locales installées dans ces zones de bénéficier des retombées économiques positives de ces implantations. Même si certains projets peuvent être déclarés d'utilité publique⁸⁹⁸, il n'en demeure pas moins que les tensions et incompréhensions et refus d'implantation d'une firme minière sont fréquents. Il arrive même des cas, où les populations au niveau local refusent catégoriquement l'implantation d'entreprises minières étrangères –qui ont pourtant une autorisation de recherche ou d'exploitation minière délivrée par l'autorité compétente. Devant ce refus d'accepter socialement un tel projet, l'Etat a souvent recours, non pas au dialogue -comme en de tel circonstance ailleurs- mais à la méthode forte : « *L'extractive industry of Review EIR à recueilli de nombreux témoignages faisant état de la présence de l'armée et de la police lors*

⁸⁹⁷ Les projets miniers se trouvent souvent à l'intérieur du pays (dans des zones reculées). Ainsi l'évacuation des minerais nécessitent la construction d'un système d'infrastructures intégrés pour l'utilisation du/des produit(s) sur la cote : elle se traduit souvent par la construction d'un chemin de fer et d'un port minéralier.

⁸⁹⁸ Voir l'article 91 de la loi 2016-32 du 08 novembre 2016 portant *Code des mines* qui dispose : « *Les projets d'installation visés à l'article 90 du présent Code, nécessaire à la réalisation des opérations minières de recherche et d'exploitation de substances minérales, peuvent être déclarés d'utilité publique dans les conditions prévues par la législation applicable en la matière* »

d'activités visant à assurer le contrôle exercé par les sociétés minières, pétrolières et gazières sur le territoire, et à protéger les opérations de ces derniers. Dans d'autres cas, des sociétés avaient recours à une milice privée. Lorsque des conflits surviennent entre les intérêts des sociétés et ceux des communautés locales »⁸⁹⁹.

392. La faible acceptation sociale des investisseurs miniers résulte d'un facteur beaucoup plus complexe lié étroitement à la mondialisation néolibérale qui ne prend pas en compte un ensemble de facteurs tels le *bien commun*, le *développement durable* et les intérêts des investis. Selon le professeur Robert Charvin *« cela découle du paradoxe entre droit de l'investissement et du droit au développement : « Le droit de l'investissement international et le droit au développement, dans le cadre de la mondialisation néolibérale, n'obéissent pas à la même logique. Le droit de l'investissement international ne prend pas en compte les intérêts des « investis » et des « non émergents », c'est-à-dire la grande majorité de la population mondiale dont pourtant les « droits » sont reconnus. Il ne répond qu'aux préoccupations des investisseurs dont les intérêts ne coïncident qu'accidentellement avec le développement et le bien commun »⁹⁰⁰. Le défi d'une acceptation sociale des opérations minières interpelle le gouvernement d'un pays comme le Sénégal et les firmes minières. Surtout dans un pays où, les investissements dans les mégaprojets miniers ont parfois un impact négatif sur le patrimoine culturel. Ils conduisent souvent au déplacement massif et important de populations locales relogées ailleurs. Or, celui-ci ne doit pas se faire dans la violence, mais à travers une négociation avec une prise en compte des particularités locales et du milieu naturel⁹⁰¹. Pour une véritable démarche d'acceptation sociale des investissements miniers au Sénégal, l'Etat doit se départir, dans une certaine mesure, du formalisme légal et institutionnel et expliquer -avec les acteurs des opérations minières- le sens des projets et leur caractère impactant sur le vécu réel des populations et la préservation du milieu et ses traditions multiséculaires. Par conséquent, les investisseurs miniers doivent de plus en plus s'orienter dans cette perspective « *d'inclusive locale* » qui consiste à discuter, associer les communautés locales(en amont et en aval du projet) puisqu'il y va de la pérennité et de l'efficacité économique et sociale du projet minier. Cela est la condition pour la satisfaction légitime des communautés locales.*

2) La satisfaction des intérêts légitimes des communautés locales

⁸⁹⁹ Voir Bonnie Campbell Sd « *Ressources minières en Afrique Quelle réglementation pour le développement ?* », 2010, éd. Presses de l'Université du Québec p.13

⁹⁰⁰ Voir (R.) Charvin « *L'investissement international et le droit au développement* », Ed. l'harmattan 2002 p.26

⁹⁰¹ « *Les populations autochtones et bien d'autres communautés ont ressenti les impacts négatifs des projets de développement de l'industrie extractive : leur déplacement ne doit être autorisé que lorsque, à la suite d'un processus de consultation, la communauté a donné son consentement préalable, libre et éclairé à une proposition de projet et au bénéfice qu'elle compte en tirer. La Banque Mondiale ne doit pas soutenir de projet extractif susceptible d'affecter les populations autochtones sans qu'aient d'abord été retenus et garantis de manière efficace leurs droits à posséder, contrôler et gérer leurs sols, territoires et ressources* » EIR, 2003 cité par Bonnie Campbell p.15 ouvrage précité p.108 ; sur la même littérature, il y a le droit à la terre et le consentement préalable, libre et éclairé pour les populations autochtones, voir Lankarani(L) « *Le droit international et l'accès à la justice sociale des peuples autochtones* », in Reciprocité et universalité, Melanges en l'honneur d'Emmanuel Decaux, Paris, Pedone, 2017, pp.949-966

393. Tous les pays d'Afrique de l'ouest disposant de ressources naturelles ont eu à gérer plus les impacts négatifs que les aspects positifs de cette richesse⁹⁰². Les mines ont fini d'installer dans les pays d'Afrique de l'ouest des économies d'enclave. C'est-à-dire, concrètement, comme les compétences demandées sont pointues et spéciales (et qui ne se trouvent pas généralement sur place) il s'en est suivi une distorsion d'intérêts entre les employés expatriés (postes de direction, postes d'ingénieurs etc.) et la main d'œuvre locale souvent réduite à des emplois moins qualifiés et dévalorisant dans les zones d'implantation des activités minières (conducteur de bennes, vigiles, agents de gardiennage, ouvriers peu qualifiés etc.)⁹⁰³. C'est ainsi que pour compenser ce gap social, et avoir une meilleure relation publique avec les communautés locales, l'opérateur minier procède à une véritable démarche de Responsabilité sociale des entreprises consistant à donner une dimension éthique à son implantation⁹⁰⁴.

394. L'Etat l'a prévu et bien organisé dans le dispositif législatif relatif aux opérations minières, à défaut d'un partage égalitaire des ressources : « *Les titulaires de titres miniers, de contrat de partage de production, ou de contrat de services participent sur la base d'engagements financiers annuels à l'alimentation d'un fonds d'appui au développement local destiné à contribuer au développement économique et social des collectivités locales situées dans les zones d'intervention minière.* »⁹⁰⁵. Cette démarche du programme social minier fait l'objet d'une triple exigence témoignant d'un engagement résolu en faveur des communautés locales à la base. Cela concerne tous les opérateurs miniers : « *Les actions à réaliser doivent être définies dans un plan de développement local en cohérence avec tout plan national de développement local existant et en concertation avec les populations et les autorités administratives locales. Ce plan de développement local doit intégrer les projets*

⁹⁰² Voir à ce propos « *La Responsabilité sociale des entreprises dans le secteur minier Réponse ou obstacle aux enjeux de légitimité et de développement en Afrique* » Sd de Campbell (B) & Laforce (M) Montréal éd. Presses de l'université du Québec 2016

⁹⁰³ Voir le rapport de l'International Labor Office « *International Migrant workers in the mining sector* » SD de Mylene C-Proulx, Bonnie Campbell and Issiaka Mandé ILO Geneva 2016 69 p. p.37 www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/wcms_538488.pdf consulté le 12 mars 2018

⁹⁰⁴ Voir « *La Responsabilité des entreprises peut-elle être engagée pour des violations du droit international ?* » pp 93-104 in « *L'entreprise dans la société internationale* » colloque des 11 et 12 décembre 2008 SD de Habib Gherrari et Yann kerbrat, Ed. A. Pedone, Paris 2010 ; sur le rapport entre la responsabilité sociétale des entreprises d'extraction minière et pétrolière, et les droits de l'homme, voir Lankarani(L) « *La responsabilité sociétale des entreprises en matière de changement climatique* », Rev.droits fondamentaux, 2015, n° 13 (<http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr/article/2015/responsabilite-societale-entreprises-matiere-changement-climatique>). En matière de dimension éthique des investissements- outre le cadre interne et les Conventions internationales pertinentes, les investisseurs internationaux élaborent leur propre instrument (Code, engagement etc.)pour des relations publiques apaisées l'auteur français Philippe Kahn le montre et souligne le cas de la Firme américaine NIKE : « *Pris violemment à partie à la suite d'une campagne dénonçant son utilisation du travail d'enfants, Nike a élaboré un Code de conduite y remédiant et s'est engagé non seulement à l'appliquer dans le groupe, mais aussi à l'imposer à ses sous-traitants(locaux). On a également fait état de la création d'un système d'audit interne avec une vice-présidente chargée de la responsabilité sociale et d'un accord avec le Massachusetts Institute of Technologie(MIT), avec le quel sont examinés les problèmes liés à la responsabilité sociale tels que les salariés, la liberté syndicale, etc.* » voir (Ph.) Kahn « *Ethique et investissements* » pp.111-119 in « *L'éthique dans les relations économiques internationales* » en hommage à Philippe Fouchard (Alexandrie) (Egypte) 28 avril 2005 publié aux éd. A.Pédone- Paris 2006 p.117

⁹⁰⁵ Voir article 115 « *Fonds d'appui au développement local* » de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

d'autonomisation des femmes. Pour les titulaires de titres miniers, de contrat de partage de production, ou de contrat de services en phase d'exploitation, le montant annuel de ces engagements financiers est de zéro virgule cinq pour cent (0,5%) du chiffre d'affaires hors taxe annuel. »⁹⁰⁶.

395. Certes, le rôle qui consiste à mener la politique de développement des territoires (construction d'hôpitaux, centres de santé, écoles, routes et distribution de bourses d'étude) incombe avant tout à l'Etat. Mais les grands projets miniers créent souvent des bouleversements socioculturels et une accélération massive de migration de populations d'autres localités ou d'étrangers. Ce qui pose la problématique des infrastructures collectives qui vont suivre et accompagner ces bouleversements -souvent non maîtrisés pour ce qui est le cas des pays d'Afrique de l'ouest-. L'enjeu de ces investissements c'est que les retombées positives passent par l'emploi des nationaux -à qui on doit assurer privilège et formation - : *« Le titulaires de titres miniers et leurs sous-traitants sont tenus de : - accorder la préférence, à qualification, au personnel sénégalais ; - mettre en œuvre un plan de formation et de promotion du personnel sénégalais de l'entreprise en vue de son utilisation dans toutes les phases de l'activité minière ; -garantir l'équité salariale entre les employés féminins et masculins à qualification égale ; -contribuer à la formation continue du personnel, à la promotion et au développement du secteur minier du Sénégal »⁹⁰⁷*. La nécessité de la satisfaction des intérêts des communautés locales est devenue une condition sine qua non pour la globalité de la protection. Elle est devenue un moyen de solidarité et de retombées positives de la part des investisseurs miniers dans les pays comme ceux d'Afrique de l'Afrique où, il y a une faible capacité institutionnelle des pouvoirs publics locaux à satisfaire aux exigences de l'intérêt général. Les retombées positives des opérations minières doivent concerner aussi l'activité environnementale souvent parent pauvre des investissements miniers.

3) La conditionnalité environnementale

396. La préoccupation environnementale en matière de protection juridique des opérations minières est certes importante, mais souvent minimisées pour des raisons liées à l'attractivité. Toutefois, son importance et sa nécessité sont reconnues (dans une dimension certes soft) par les textes internationaux, mais aussi par les nouvelles générations de législations minières africaines particulièrement celui du Sénégal. C'est une condition essentielle pour obtenir une globalité de la protection de l'investissement. Dans le domaine international, le pacte mondial souligne : *« 7. Les entreprises sont invitées à appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant l'environnement ; 8 A entreprendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement ; et 9. A favoriser la mise au point de et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement »⁹⁰⁸*. Devant la dangerosité des produits utilisés (cyanure) pour l'exploitation des mines et les dégâts irréversibles et réguliers causés à l'environnement, un pays comme le Sénégal a adopté une

⁹⁰⁶ Voir article 115 *ibid.*

⁹⁰⁷ Voir article 109 de la loi n°2016-32 du 08 novembre portant *Code minier* du Sénégal

⁹⁰⁸ Voir « *les dix principes du Pacte Mondiale* » Global compact 2000 et 2004 www.unglobalcompact.org

véritable stratégie de prévention au niveau environnemental en rendant plus dure son cadre législatif et réglementaire relatif aux opérations minières. Il se traduit ainsi par une obligation faite à : « *Tout demandeur de permis d'exploitation minière, d'autorisation d'ouverture et d'exploitation de carrière ou d'autorisation d'exploitation de carrière ou d'autorisation d'exploitation de petite mine doit, préalablement au démarrage de ses activités, réaliser, à ses frais, une étude d'impact sur l'environnement et la mise en œuvre du plan de gestion environnementale, conformément au Code de l'environnement et aux décret et arrêtés y afférents.* »⁹⁰⁹.

397. La conditionnalité environnementale fait aussi-en matière d'opérations minières-l'objet de convention spécifique concernant le transport des produits dangereux qui entrent dans la recherche et l'exploitation des mines⁹¹⁰. Il y a enfin la dimension institutionnelle puisque certaines autorisations liées à aux activités de recherche et d'exploitation de minerais susceptibles d'impacter négativement la santé des populations font intervenir une structure administrative qui délivre les permis⁹¹¹. Dans un pays comme le Sénégal, le législateur a aussi prévu dans les opérations minières qu'il y ait une réhabilitation post mines des sites⁹¹². De même des dispositions spéciales sont prévues pour préserver certaines zones dites spéciales⁹¹³ et certains poumons verts du pays. L'autre pendant de la conditionnalité environnementale dans les opérations minières est le nécessaire respect des droits de l'homme par les acteurs des investissements miniers.

4) La conditionnalité du respect des droits de l'homme

398. Les opérations minières des firmes (majors et juniors) extractives sont saisies par le droit international. Considérés comme la véritable matrice de la responsabilité sociétale des entreprises par le droit international⁹¹⁴, les « *Principes directeurs relatifs aux entreprises et*

⁹⁰⁹ Voir 102 –« *Etude d'impact environnemental* » de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant *Code minier* du Sénégal

⁹¹⁰ « *La recherche, l'exploitation, la transformation, le conditionnement, le transport et la commercialisation des minerais et substances radioactives font l'objet de convention particulière avec l'Etat selon le modèle de convention type fixé par voie réglementaire et précisant notamment les mesures de radioprotection et de gestion des déchets radioactifs applicables à ces activités...* » Voir article 102 *ibid*.

⁹¹¹ « *Les activités de recherche et/ou d'exploitation de minerais et substances radioactifs sont autorisées sous réserve de l'obtention par le titulaire du permis de l'avis favorable, donné par l'Autorité sénégalaise de radioprotection et de sûreté nucléaire(ARSN) concernant les plans et programmes de surveillance et de protection radiologique environnementaux y afférents.* », voir article 102 *ibid*

⁹¹² « *Tout titulaire de titre minier procède obligatoirement à la réhabilitation des sites couverts par son titre minier* » De même, il est faite obligation à « *tout titulaire de permis de recherche, d'autorisation et d'exploitation de mines, de différentes natures, est tenu d'ouvrir et d'alimenter un compte fiduciaire auprès d'un établissement public spécialisé désigné par l'Etat. Ce compte est destiné à la constitution d'un fonds pour couvrir les coûts de la mise en œuvre du plan de gestion environnemental* » voir article 104 du *Code minier*

⁹¹³ A propos des forêts classées il est prévu que : « *Les titres miniers délivrés en zone de forêts classées en application du présent Code doivent respecter les dispositions du Code forestier* » IL est même prévue des interdictions : « *Des zones de protection peuvent être établies par arrêté du Ministre chargé des mines, à l'intérieur desquelles la prospection, la recherche et l'exploitation minières de substances minérales sont interdites. Ces zones sont destinées à assurer la protection des voies de communications des vestiges et des ouvrages d'art et partout où elles seraient nécessaires dans l'intérêt général* », voir article 106 *ibid*

⁹¹⁴ Voir Lankarani (L), op cité, Rev. Droits fondamentaux

aux droits de l'homme », adoptés par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU en 2011, invitent tout investisseur étranger au respect des droits de l'homme en prônant dans ses principes généraux « *Le rôle dévolu aux entreprises en qualité d'organes spécialisés de la société remplissant des fonctions particulières, tenues de se conformer à toutes lois applicables et de respecter les droits de l'homme ; ...la nécessité que les droits et obligations s'accompagnent des voies de recours appropriées et efficaces en cas de violation.* »⁹¹⁵ Les contractants de l'Etat au Sénégal (majors ou juniors miniers) sont tenus de respecter comme de faire respecter les droits humains dans leur périmètre de recherche ou d'exploitation minière, selon les principes directeurs précités. La conditionnalité liée au respect des droits humains constitue : « *une des fonctions principales du droit international est d'offrir des garanties aux sujets internes contre les abus des États et d'instituer, ainsi, des contrepoids à la toute puissance étatique. Tel est le but principal des règles conventionnelles et coutumières du droit international des droits de l'homme* »⁹¹⁶. L'insistance et la conditionnalité du respect des droits humains tiennent au fait que les firmes minières sont généralement très puissantes et qu'elles peuvent par ce fait créer une situation de non droit(dont les nationaux seraient les premiers victimes) dans les zones d'opérations minières. Ce type de comportement des investisseurs miniers est fréquent en Afrique. Les principes 1 et 2 du Pacte mondial de 2000 le soulignent net : « 1. *Les entreprises sont invitées à promouvoir et à respecter la protection du droit international relatif aux droits de l'homme dans leur sphère d'influence ; et 2. A veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'homme.* »⁹¹⁷.

399. Le législateur sénégalais est beaucoup plus sévère à ce propos menaçant même le retrait pour tout opérateur qui serait coupable de violation manifeste des conventions internationales pertinentes comme le fait de faire travailler dans les périmètres miniers les enfants : « *Tout titulaire de titre minier a l'obligation de respecter et de protéger les droits humains dans les zones affectées par les opérations minières, conformément à la législation nationale et aux conventions internationales. Sous peine de retrait du titre minier, le travail des enfants est interdit dans toutes les activités régies par le présent Code* »⁹¹⁸. La conditionnalité relative au droit de l'homme s'est tellement imposée dans la protection des investissements étrangers, que le droit international des droits de l'homme et le droit de l'investissement finissent par avoir une double convergence : interdiction des discriminations et reconnaissance d'un droit de saisine unilatérale de la personne physique et/ou morale privée reconnue et organisée. Ce qui est relativement dans les autres branches du droit international public. La reconnaissance du droit de saisine(Supra) -Doc de l'Onu 2011- montre l'amorce de la protection de tous les acteurs de l'investissement- y compris les personnes physiques. Ces deux branches ont accompli ce qu'un auteur comme Charles Leben qualifie de : « *grande métamorphose du droit international. Cette métamorphose transforme un droit strictement interétatique, un droit qui expulse de son sein les personnes privées qui, radicalement, ne*

⁹¹⁵ Voir Doc. ONU, A/HRC/17/31, 21 mars 2011

⁹¹⁶ Voir Yann Kerbat p. 99 ibid

⁹¹⁷ Voir Les dix principes du Pacte Mondial(2000) Droits de l'homme site : www.unglobalcompact.org

⁹¹⁸ Voir article 94 –« Respect et protection des droits humains » de la loi 2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

peuvent être accueillies dans l'ordre juridique international, en un droit où, selon des conditions diverses, les individus, personnes physiques ou morales de droit interne, peuvent faire valoir leurs requêtes sur la base du droit international et auprès d'instances juridictionnelles internationales. »⁹¹⁹.

400. L'idée de la nécessité du respect absolu des droits de l'homme dans toute pratique d'investissement dans le domaine minier trouve sa justification dans la nécessité de mettre l'humain et la solidarité au cœur de tout processus de développement : *« Le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme est un droit inaliénable de l'homme en vertu duquel toute personne humaine et tous les peuples ont le droit de participer et de contribuer à un développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales puissent être pleinement réalisés, et de bénéficier de ce développement »⁹²⁰*. Vue les enjeux actuels et surtout futurs portant sur les opérations minières au Sénégal, la conditionnalité relative au respect des droits de l'homme devrait impacter du début à la fin de toute opérations minières.

Par ailleurs une innovation importante dans le dispositif juridique sénégalais relatif aux opérations minières, c'est le renforcement des sanctions pénales contre certaines pratiques prohibées sur le plan minier.

5) Le renforcement des sanctions administratives et pénales contre les manquements aux opérations minières

Il concerne les innovations en matière de sanctions administratives des opérations minières (a), mais aussi les innovations en matière de sanctions pénales des opérations minières illicites (b).

a- Les innovations en matière de sanctions administratives des opérations minières

401. Les opérations minières post autorisation étaient marquées par une veille réglementaire et un suivi législatif assez faibles. Dans un pays comme le Sénégal, la nouvelle loi sur les mines est toujours considérée comme la réplique des anciens instruments juridiques aujourd'hui abrogés-⁹²¹. Ici la motivation en vue d'améliorer l'existant et mieux sanctionner les manquements constatés est manifeste. Ainsi par la nouvelle réglementation de 2016, l'Etat

⁹¹⁹ Voir Charles Leben « introduction » in journée d'études sur « *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse* » SD de Walid Ben Hamida et Frédérique Coulée Ed. A. Pedone-2007 p.36. Cet éminent auteur parle à ce propos : « *de victoire de Kelsen sur Anzilotti* »

⁹²⁰ Voir article 1^{er} de la *Résolution 41/128, (AGNU) portant Déclaration sur le droit au développement* adoptée le 4 décembre 1986 par 146 voix contre 1 et 8 abstentions

⁹²¹ L'arsenal juridique n'a cessé d'évoluer de : *L'Ordonnance n°60-24/MPT du 10 octobre 1960* portant « le régime juridique et fiscal de la recherche, de l'exploitation et du transport des hydrocarbures » ; la Loi n°86-13 du 14 avril 1986 portant *Code pétrolier du Sénégal* aujourd'hui remplacé par la Loi 98-05 du 8 janvier 1998 portant *Code pétrolier du Sénégal*. Sur le plan minier : il y a la nouvelle Loi 2016-32 du 8 novembre 2016 portant *Code minier du Sénégal*

du Sénégal a renforcé considérablement les prérogatives de l'administration qui s'occupe du secteur minier⁹²². Désormais, les opérations minières sont marquées par un contrôle et une surveillance accrus pour préserver les intérêts de l'Etat et des communautés locales là où les firmes sont implantées. Ainsi, du point de vue administratif, un véritable régime de sanctions est instauré. Il peut s'agir d'interdiction, dès lors que « *les titulaires de titres miniers déchus de leurs droits et dont les titres sont annulés ne peuvent obtenir de nouveaux droits miniers qu'après un délai de cinq(05) ans...* »⁹²³. Les opérations minières doivent se faire dans des conditions respectueuses des normes de la responsabilité sociale des entreprises notamment l'environnement et la santé publique.

402. Dans le cas contraire, l'administration peut procéder à une suspension : « *Lorsque l'activité minière se déroule dans des circonstances exceptionnelles pouvant générer une dégradation irréversible de l'environnement, de la santé et de l'hygiène des populations, les opérations minières peuvent faire l'objet d'une suspension immédiate. La durée de la suspension est fonction de la gravité de la situation et est fixée par voie réglementaire. La suspension peut être levée lorsque les conditions d'une exploitation normale sont de nouveau réunies* »⁹²⁴. Le besoin de conformité aux réglementations pertinentes et à la clarté dans les pratiques des opérations minières du contractant de l'Etat, justifie amplement les avertissements et astreinte⁹²⁵ et les mises en demeure et astreinte⁹²⁶. Ce système de sanctions contre les opérateurs miniers est même renforcé sur le plan fiscal avec le maximum de sévérité en cas de retard de paiement ou défaut de paiement de la redevance minière : « *Le retard dans le paiement de la redevance minière, le défaut de paiement ainsi que la minoration de la somme due constituent des manquements sanctionnés par le présent Code de la manière suivante : -en cas de retard dans le paiement de la redevance, la somme due est majorée d'une pénalité dont le taux est fixé à sept(7%) pour cent par mois de retard ; - en cas de refus de paiement dûment constaté, la somme due est multipliée par deux(2) ; - en cas de*

⁹²² « Les manquements aux obligations administratives prévues par le présent Code sont constatés par les agents de l'administration des mines dûment habilités et assermentés à cette fin. Ces agents prêtent serment devant le tribunal de grande instance de leur lieu d'affectation dans les termes suivants :

« Je jure et promets de bien et loyalement remplir mes fonctions et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent. Je jure également de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance à l'occasion de l'exercice de mes fonctions », voir article 121 « Constatation des manquements » de la loi 2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

⁹²³ Voir Code minier du Sénégal article 122

⁹²⁴ Voir article 123 « Suspension » de la loi 2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code des investissements du Sénégal

⁹²⁵ Ainsi « En cas de tenue irrégulière, dûment constatée, des documents obligatoires prescrits par le présent Code, l'administration des mines adresse par écrit un avertissement au titulaire du titre minier concerné. Si la mise en demeure n'est pas suivie d'effet à l'expiration du délai fixé, le titulaire est passible d'une astreinte dont le montant est de vingt-cinq mille (25. 000) de francs CFA par jour jusqu'à la régularisation, chaque jour commencé étant dû en entier sans préjudice des sanctions prévues à l'article 30 du présent Code » voir article 124 « Avertissement et astreinte » du Code minier du Sénégal

⁹²⁶ Le législateur sénégalais oblige tout titulaire d'un titre minier à communiquer par des rapports périodiques : « Tout titulaire d'un titre minier qui ne communique pas les rapports périodiques obligatoires dans le délai réglementaire, fait l'objet d'une mise en demeure de trente(30) jours maximum. A l'expiration de ce délai, à moins qu'il ne soit dans un cas de force majeure, le titulaire défaillant est passible d'une astreinte dont le montant est équivalent à cinquante mille(50.000) de francs CFA par jour de retard depuis le dernier jour du délai réglementaire jusqu'à la communication des rapports, chaque jour commencé étant dû en entier » voir article 125 de la loi 2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

minoration de la somme due, celle-ci est multipliée après redressement par deux(2). »⁹²⁷. La veille réglementaire imposée par l'administration publique compétente sénégalaise aux investisseurs miniers internationaux constitue un levier de transparence afin de pousser les « miniers étrangers » à plus de conformité aux lois et règlements en vigueur sur le plan des ressources naturelles. La vigilance de l'administration minière du Sénégal concerne la grande nouveauté qui est la sanction pénale des pratiques minières illicites.

b- Les innovations en matière de sanctions pénales des pratiques minières illicites

403. La transparence et la conformité aux textes de référence des opérations minières sont difficiles à obtenir. Nonobstant la faiblesse du suivi institutionnel au niveau national, cela résulte du fait qu'il y a de nombreux obstacles et pratiques illicites dans le milieu des investissements miniers en Afrique et au Sénégal en particulier. Sur ce point, la justice sénégalaise semble vouloir devenir d'une sévérité sans précédent envers tout contrevenant coupable d'activités minières illicites : *« Est puni d'un emprisonnement d'un(1) ans au moins et de cinq(5) ans au plus et d'une amende de cinq millions(5.000.000) de francs CFA à cent vingt-cinq millions(125.000.000) de francs CFA, quiconque se livre, sans autorisation, à des travaux de recherche ou d'exploitation de mine ou de carrière en violation du présent projet de Code. Les substances minérales extraites illicitement sont saisies et leur confiscation est prononcée par le tribunal compétent au profit de l'Etat ou du titulaire du titre d'exploitation ou des carrières concernés »⁹²⁸. Cette volonté annoncée de lutte farouche pour la transparence minière et la volonté de pousser l'ensemble des acteurs des opérations minières à se conformer au cadre législatif et réglementaire vont jusqu'à l'établissement d'une hiérarchie des peines et des amendes en cas de pratiques soustraites d'une mine. Des pratiques fréquentes telles que le vol et recel de substances minérales⁹²⁹ sont punis, ainsi que les détournements de substances minérales⁹³⁰ et les achats et ventes illicite de substances minérales⁹³¹.*

404. Cette innovation majeure d'un régime de responsabilité et de sanctions pénales fortes du Code minier de 2016 concerne- des secteurs jusqu'ici faiblement sanctionnés comme la

⁹²⁷ Voir article 126 –« Pénalités » de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

⁹²⁸ La loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 dans son article 127 –« activités minières illicites »

389 *« Est puni, sans préjudice des dispositions particulières en matière des substances précieuses, d'un emprisonnement d'un(1) an au moins et de cinq(5) ans au plus et d'une amende de deux millions cinq cent mille(2.500.000) de francs CFA à dix millions (10.000.000) de francs CFA, quiconque se rend coupable de vol ou de recel de substances minérales. »* voir article 128 du Code minier du Sénégal

⁹³⁰ Article 129 de la loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 stipule *« Est puni d'un emprisonnement de cinq(5) ans au moins et de dix(10) ans au plus et d'une amende de deux millions cinq cent mille(2.500.000) de francs CFA à cent millions (100. 000.000) de francs CFA, quiconque détourne des substances minérales ...Et quiconque facilite le détournement de substances minérales »*

⁹³¹ Voir article 130 qui concerne « l'achat et vente illicite de substances minérales » il *« Est puni d'un emprisonnement d'un(1) an au moins et de cinq(5) ans au plus et d'une amende de cinq(5.000.000) de francs CFA à quinze millions (15.000.000) de francs CFA, quiconque achète ou vend des substances minérales en violation des dispositions légales et réglementaires »*

violation des règles d'hygiène et de sécurité dans le travail⁹³². Les opérations minières sont toujours à risque, dans la mesure où beaucoup d'acteurs ayant des intérêts et des motivations différents y interviennent. Dans un pays comme le Sénégal- où l'option minière de l'économie devienne de plus en plus une réalité- il faut réinventer la gouvernance minière dans le sens d'une prise en compte globale et réelle des aspirations des populations celles qui se trouvent dans les zones d'implantations des firmes minières. Le déficit de gouvernance institutionnelle et une faible capacité d'exécution de la loi minière ont eu des conséquences assez négatives jusque là sur les immenses retombées qu'un État comme le Sénégal est en mesure d'attendre de telles ressources.

Conclusion du Chapitre 1

405. La protection des investissements étrangers par le biais des instruments juridiques internes dans les pays d'Afrique de l'ouest a fait des progrès considérables. Ces progrès se résument entre autres au plan du traitement préférentiel, le renforcement de la sécurité juridique des investisseurs étrangers et la « dé-bureaucratisation » des procédures en matière de création d'entreprises dans les pays de la zone. Toutefois, malgré ses efforts considérables et méritoires, ces pays ont des environnements juridiques où c'est très difficile de faire du business. En effet, si l'amont de la protection (admission, accueil et traitement etc.) est très amélioré dans certains pays, l'aval de la protection (déroulement des activités, fiscalité et surtout la régulation par des organes internes des pratiques des investisseurs étrangers) laisse beaucoup à désirer. Parmi les défis de la protection juridique des investissements étrangers dans cette sous région, il faut que les États essayent d'atténuer l'unilatéralité de la protection au profit souvent exclusif des investisseurs étrangers, tout en prônant à moyen et long terme la globalité de la protection de l'investissement étranger.

406. La pratique des investissements telle qu'elle se fait à travers les instruments internes méconnaît doublement sur certains aspects les intérêts légitimes des pays d'accueil, mais aussi les intérêts des populations à la base et ceux des acteurs économiques locaux qui se trouvent redoutablement concurrencés et sans protection juridique de la part des pouvoirs publics locaux. Pour pouvoir équilibrer la protection, il faut que celle-ci soit plus globale. C'est-à-dire permettre aux entreprises qui investissent de sécuriser leurs capitaux et technologies et de gagner en marge suffisamment, tout en rendant à l'Etat(garant de l'intérêt général) son pouvoir souverain de réglementation de l'activité économique, d'établir des partenariats plus équilibrés pour ses finances, les ressources du pays et la cohésion nationale. Autrement, ces textes internes protecteurs ont besoin temps en temps d'être revus(tout en se préservant de l'instabilité législative et réglementaire qui ferait fuir tout investisseur) pour un régime de

⁹³² Voir article 133 du Code minier du Sénégal

protection globale, non discriminant et préservant l'attractivité des pays de la sous région ouest africaine.

C'est au nom de l'attractivité et de la promotion des investissements étrangers que les pays d'Afrique de l'ouest ont voulu renforcer la sécurité juridique des capitaux et éviter ainsi les risques multiforme par la signature des traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements réciproques.

Chapitre 2 : Les instruments bilatéraux de protection : les T.B.I.

407. Devant la difficulté à négocier et signer un accord multilatéral sur l'investissement étranger et l'échec de la tentative précédente à l'OCDE⁹³³, les pays industrialisés et exportateurs de capitaux se sont largement rebattus et ont adoptés cette solution de rechange que sont les traités bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements pour sécuriser leurs capitaux et investissements dans les pays du Sud généralement en développement et importateurs de capitaux. Le paradoxe avec les T.B.I. c'est que les pays en développement en général et ceux d'Afrique de l'ouest en particulier ont acceptés et validés tout ce qu'ils refusaient d'admettre sous l'emprise d'une convention multilatérale en matière d'investissement. Cela explique que *« Les positions des pays en développement sont aujourd'hui plus pragmatiques que dogmatiques. Ils sont demandeurs d'investissements, et ont montré qu'ils étaient prêts à faire les concessions politiques et juridiques que les offreurs d'investissement attendaient d'eux »*⁹³⁴.

408. L'instrument conventionnel bilatéral est de nos jours très prisé par tous les pays, à la fois ceux, exportateurs – en tant que moyen de sécurité juridique des investissements de leurs entreprises-, et les pays importateurs de capitaux – en tant que moyen de montrer leur ouverture aux IDE et d'offrir un environnement juridique sécurisant et promotionne. L'Accord de promotion et de protection réciproques des investissements (APPI) signé entre l'Italie et le Sénégal traduit cette vision : *« L'APPI est la concrétisation de la volonté réaffirmée de nos deux États d'améliorer leur coopération. A cet égard, l'encouragement et la protection réciproques des investissements de capitaux de l'une des Parties, sur le territoire de l'autre partie, apparait comme un impératif au regard des deux Etats. En effet, seul un tel cadre juridique est susceptible de stimuler les réalisations industrielles et les rapports d'affaires entre les deux pays »*⁹³⁵. Le régime juridique institué par ces instruments bilatéraux accorde beaucoup d'avantages et de facilités en matière de traitement et de protection des investissements étrangers. Son étude implique l'examen de la question du contenu déséquilibré des traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements à travers la protection substantielle réservée réciproquement aux investissements (Section 1), avant l'examen de l'autre dimension de la protection qu'est la protection procédurale instaurée par les TBI signés par les pays d'Afrique de l'ouest (Section 2).

⁹³³ L'Organisation de Coopération et de Développement économique(OCDE) est une Organisation intergouvernementale regroupant les pays riches. C'est une enceinte de négociation et de conclusion d'accord : *« Code de libération des mouvements de capitaux de l'OCDE »* 1961 ; (*Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales (OCDE, 1974 et amendé en 2011)*), échec de la négociation d'un *Accord Multilatéral sur l'Investissement(AMI)* en 1995 ; *Déclaration sur les Fonds Souverains et les Politiques* d'accueil adoptée par les ministres des pays de l'OCDE le 5 juin 2008. Elle publie régulièrement des études sur l'économie, sur les investissements et sur le commerce international

⁹³⁴ Voir (P. Juillard) *« L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord de troisième type ? »* pp.47-78 in SFDI journée d'études *« Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ? »*, ED. Pedone-Paris-1999 p.50

⁹³⁵ Voir *« l'exposé des motifs »* de l'accord entre le Gouvernement de la République italienne et la Gouvernement de la République du Sénégal pour la *promotion et la protection réciproques des investissements*, signé le 13 octobre 2000 à Dakar.

Section 1 : Des traités bilatéraux de protection aux contenus déséquilibrés : la protection substantielle accordée aux investisseurs étrangers.

409. Dans le domaine de la négociation et de la conclusion d'APPI, le « juridisme », en tentant d'instaurer une volonté d'assurer des relations d'investissement réciproques entre deux pays -généralement de niveau d'avancement différent-, consacre ce que l'« économique » ne permet guère. En effet, les pays industrialisés ont une longueur d'avance historique acquis depuis longtemps en matière de pratique des investissements à l'étranger -ce qui a abouti à la mise en place d'un modèle conventionnel spécifique pour chaque pays exportateur de capitaux-. Alors que les pays en développement n'ont pas généralement cette pratique. C'est la raison pour laquelle, malgré la réciprocité de la protection dont jouissent l'investissement et les investisseurs des deux parties, il faut dire que la pratique révèle- d'une certaine manière- l'unilatéralité de l'investissement protégé en faveur de(s) acteur(s) le(s) plus puissant(s), à savoir le(s) pays développé(s). A travers ce déséquilibre, il sera question d'une analyse de la définition problématique de l'investissement prévue par ces textes (§1), et d'une analyse la remarque sur le contenu des APPI signés par les pays d'Afrique de l'ouest (§2).

Z- Paragraphe 1 : La définition problématique de l'investissement prévue par ces textes

Les APPI adoptent des définitions énumératives du concept d'investissement(A). Il y a beaucoup de critiques contre les définitions adoptées(B).

A : Les définitions adoptées

Les pays d'Afrique de l'ouest signent des APPI dont les définitions énumératives ne sont qu'une reprise du modèle français de TBI (1) et du modèle américain (2).

1) Le modèle français APPI dans les pays d'Afrique de l'ouest

410. L'investissement est le concept le plus controversé en droit international économique tant sa finalité « *développementaliste* »⁹³⁶ et ses contours sont *controversées*⁹³⁷.

⁹³⁶ Notamment sa finalité développementaliste développée par la doctrine internationaliste, par les textes conventionnels bilatéraux et surtout par la jurisprudence arbitrale du CIRDI voir (F.) Horchani « *Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissement* », in *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle en hommage aux professeurs D. Carreau & P. Juillard*, éd. A. Pedone-Paris-2009, spéc. p.51

⁹³⁷ Voir D. Carreau & P. Juillard, *droit international économique*, 4^e éd., Paris éd. LGDJ, 1998 (S.) Manciaux « *Actualité de la notion d'investissement international* » pp145-173 in « *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux Aspects récents* » SD de Charles Leben Paris, éd.L.G.D.J2010 ; (Ch.) Oman « *Les nouvelles formes d'investissement dans les pays en voie de développement* », Etudes du Centre de développement de l'OCDE 1984 ; (Ib.) Fadlallah, « *La notion d'investissement : vers une restriction de la compétence du CIRDI ?* », in *Global Réflexions on international law- Commerce and dispute Resolution-Liber Amicorum in Honour of Robert Brinner*, ICC Publishing ,2005 pp.259 et s. voir (Em.) Gaillard « *Reconnaitre ou définir ? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI* » pp.17-32 in

Généralement, le modèle de TBI français offre une série de dispositions couvrant la notion « *l'investissement couvert et protégé, la portée et le champ d'application des accords, la garantie d'un traitement juste et équitable, du traitement national et de la Nation la plus favorisée, les garanties en cas d'expropriation et de nationalisation et enfin le système de règlement des différends* »⁹³⁸. Le modèle type français a beaucoup influencé les pays d'Afrique de l'ouest francophone dans leur « modèle » de TBI qui a pour but de « *terminer enfin l'internationalisation du droit de l'investissement étranger, c'est surtout dans le domaine de la protection et de la garantie des investissements que le réseau des TBI fournit des solutions convergentes. On se rappelle d'ailleurs que c'est pour assurer la protection des investissements que ces traités ont d'abord été conçus* »⁹³⁹. Ce modèle hexagonal d'APPI types faisant l'objet d'un article 1 selon lequel,

411. « 1. Le terme investissement désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement : a) les biens meubles et immeubles, ainsi que tous autres droits réels tels que les hypothèques, privilèges, usufruits, cautionnement et tous droits analogues ; b) les actions, primes d'émission et autres formes de participation, même minoritaires ou indirectes, aux sociétés constituées sur le territoire de l'une des parties contractantes ; c) les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant valeur économique ; d) les droits de propriété intellectuelle, commerciale et industrielle tels que les droits d'auteur, les brevets d'invention, les licences, les marques déposées, les modèles et maquettes industrielles, les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés et la clientèle ; e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un contrat, notamment les concessions relatives à la prospection, la culture,

*Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle En hommage aux professeurs D. Carreau & et P. Juillard cahiers internationaux n°21, Paris, éd. A. Pedone 2009 p.18 et s. voir (W.) Ben Hamida « Où va l'arbitrage d'investissement ? » pp.395-417 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » SD de Filali Osman & Ahmet C. Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, avril 2016 sorti aux éd. LexisNexis SA, 2017 p.401 ; voir (Gu.) Aréou « La notion d'investissement- évolutions récentes » pp.7-29 in « L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Reflexions sur la Proceduralisation du droit international de l'investissement » SD de A. De Nanteuil Paris, éd.A. Pedone p.12 ; D. Onguene Onana, « La compétence en arbitrage international relatif aux investissements », Bruxelles, éd. Bruylant, 2012 p.162. ; voir (W.) Ben Hamida, « La notion d'investissement : le chaos s'amplifie devant le CIRDI », Gazette du palais- les cahiers de l'arbitrage, n°349, 2009 p.1315. La jurisprudence arbitrale s'y est mise dans la définition du concept d'investissement sans pour autant régler « définitivement » le problème voir CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A et Italstrad S.p.A c. Royaume du Maroc*, aff.n°ARB/00/4 décision sur la compétence du 23 juillet 2001 où le Tribunal où à partir des trois éléments tirés de la doctrine, il y ajoute un quatrième « *développement économique de l'Etat d'accueil* » : Le « *critère Salini* » a longtemps imprégné les décisions ultérieures du Tribunal arbitral CIRDI voir CIRDI 4 août 2004 « *Joy Mining Machinery ltd c. Egypte* (ARB/03/11) ; décision sur la compétence le 14 novembre 2005 « *Affaire Bayindir c. Pakistan* (ARB/03/29) ; CIRDI Affaire Jan de Nul N.V.c. Egypte décision sur la compétence le 16 juin 2006(ARB/04/13 ; CIRDI décision sur la compétence le 21 mars 2007 Affaire *Saipem Spa c. Bangladesh*(ARB/05/7 ; CIRDI Sentence d'incompétence le 17 mai 2007 « *Malaysian Historical Salvors et autres c. Malaisie*(ARB/05/10). On a noté un certain « revirement jurisprudentiel du Tribunal qui ne semble pas être lié par le « précédent » Dans l'affaire *Lesi Dipenda c.Algérie* (ARB/03/8) le Tribunal adopte un raisonnement écartant le « *critère de développement de l'Etat d'accueil* » affirmant que ce critère s'est dilué dans les trois critères traditionnellement retenus comme composant un investissement « un/des apport(s) en capitaux et/ou en nature, une certaine durée du marché et une participation aux risques de l'opération. Comme cela ne suffisait pas, le Tribunal revient sur le critère de « *participation au développement de l'Etat d'accueil* » dans la *Décision Patrick Mitchell c. Congo* CIRDI (ARB/99/7)*

⁹³⁸ Voir les études du professeur (P.) Julliard « Les Conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », JDI, 1979 ; *Le « réseau français des conventions bilatérales d'investissement à la recherche d'un droit perdu ? »*, DPCI, 1987

⁹³⁹ Voir (Ch.) Leben « L'évolution du droit international des investissements » pp. 7-32 in SFDI journée d'études « *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre* », Ed. A. Pedone-Paris-1999 p.14

l'extraction ou l'exploitation de richesses naturelles, y compris celles qui se situent dans la zone maritime des parties contractantes. Il est entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent accord. Aucune modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la partie contractante ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé. Le terme revenu désigne toutes les sommes produites par un investissement, telles que bénéfices, redevances, intérêts, durant une période donnée. Les revenus de l'investissement et, en cas de réinvestissement, les revenus de leur réinvestissement jouissent de la même protection que l'investissement »⁹⁴⁰.

412. La définition de l'investissement du modèle français est reprise par les APPI signés par le Sénégal⁹⁴¹. Dans les pays d'Afrique de l'ouest, francophone et même les autres pays anglophones, le modèle type français d'APPI est conçu comme faisant la protection et la promotion d'un modèle d'investissement étranger englobant et en adéquation avec les préoccupations de ces pays sur le plan de la coopération économique et la nécessité du transfert de technologie. C'est le sens du préambule d'APPI entre la France et le Nigéria qui : *« Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux États et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Nigéria et nigériens en France ; persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique »*⁹⁴². De la même manière, le réseau des TBI signés par la France a une conception plus large de la notion d'investissements protégés dans la mesure où, il intègre la dimension environnementale⁹⁴³. La facilité avec laquelle, les pays d'Afrique de l'ouest se sont familiarisés avec le modèle APPI français s'explique par l'importance et la

⁹⁴⁰ Voir Accord bilatéral d'investissement modèle établi par la France(2006) Annexe III cité par Stéphane Bonomo *« Les traités bilatéraux relatifs aux investissements entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États »*, Ed. PU d'Aix-Marseille-PUAM-2012 pp.341 et s. voir aussi H. Gherrari Documents d'études n°3.12 droit international économique 2. Le système monétaire international public, l'investissement étranger vol.2, 2013 *« Principales dispositions des accords de protection et d'encouragement réciproques des investissements »* pp 38 et s.

⁹⁴¹ Les Accords bilatéraux de protection signés et ratifiés par le Sénégal adoptent la définition énumérative de la notion « d'investissement » : *« 1. Le terme « investissement » désigne tous les types d'avoirs détenus ou contrôlés directement ou indirectement par un investisseur d'un État Partie sur le territoire de l'autre État partie, conformément aux lois et règlements de ce dernier. Le terme « investissement » désigne, en particulier et non exclusivement : (a) les actions, les quotes-parts et obligations d'une société et toute autre forme de participation au sein d'une société, et d'autres formes d'intérêts débiteurs dans une société, et autres créances, emprunts et valeurs émis par tout investisseur d'un État partie ; (b) les créances monétaires...(c) les droits de propriété intellectuelle.. ;(d) les droits concédés par voie législative ou contractuelle... ;(e) les biens corporels, incorporels, meubles et immeubles...Le terme « investissement » s'applique également aux « revenus » retenus à des fins de réinvestissement et aux produits des « liquidations » dans le sens visé par ces termes au présent Accord »* Voir la Loi n°2012-06, autorisant le Président de la République du Sénégal à ratifier l'Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement de l'Etat du Koweït sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements (Accord signé à Dakar, le 25 juillet 2009

⁹⁴² Voir Préambule de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale du Nigéria sur l'encouragement et la coopération réciproques des investissements signé à Paris, le 27 février 1990

⁹⁴³ Voir article 12 « interdictions et restrictions », l'APPI entre la France et le Sénégal signé à Dakar, le 26 juillet 2007, qui stipule : *« Les parties contractantes peuvent, lorsqu'elles élaborent ou modifient leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger l'environnement, à condition que ces mesures n'entravent pas l'application des dispositions du présent Accord »*

reprise de la tradition juridique française (civil Law et Codes)⁹⁴⁴ et l'importance des IDE dans la sous région. Il y a aussi le modèle APPI qui a reçu un accueil particulier dans les pays de la sous région.

2) Le modèle Américain dans les pays d'Afrique de l'ouest

413. Les États-Unis sont une puissance émettrice d'investissements, très engagés et très intéressés au plan économique par la sous région ouest pour des raisons de sécurité et surtout d'énergie. En guise de comparaison normative bilatérale sur le modèle type d'investissements protégés, l'exemple américain renseigne sur le niveau de protection globale des entreprises et des investissements américains à l'étranger. Ce pays a toujours été audacieux dans les règles relatives à la protection et la promotion des investissements que ses entreprises réalisent à l'étranger. Ils ont une approche protectrice des IDE particulière qui consiste à demander l'octroi d'avantages « pré-investissement et post investissement ». Le professeur P. Juillard le note : « *Les modèles américains ont toujours été riches en innovations. Ce sont eux qui, avant tous autres, ont préconisé l'application des clauses du traitement national et du traitement de la Nation la plus favorisée tant à la phase pré-établissement qu'à la phase post-investissement-Amorçant ainsi l'évolution qui devrait progressivement transformer leurs traités bilatéraux en instrument de libre de circulation* »⁹⁴⁵.

414. Dans le modèle américain de TBI, l'investissement suppose le triptyque à savoir l'apport en capital ou autre, la recherche d'un gain pour l'investissement et surtout la capacité à supporter un risque pour l'investisseur : « *That has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources , the expectation of gain or profit, or the assumption of risk* »⁹⁴⁶. Aussi dans le modèle américain, l'investissement doit revêtir une forme particulière qui inclut : « *(a) an enterprise ;(b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise ;(c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans ; (d) futures, options, and other derivatives ;(e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts ;(f) intellectual property rights ;(g) licences, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law, and (h) other tangible or intangible, movable or*

⁹⁴⁴ Le célèbre juriste Anzilotti de l'école de Naples l'explique en évoquant la notion d' « ordre juridique » qui s'influence : « *Un ordre juridique peut se référer à un autre ordre juridique, il en est ainsi de deux façons différentes suivant que le rattachement implique réception de normes en vigueur dans l'ordre étranger, normes qui deviennent ainsi des normes propres à l'ordre qui les reçoit ; ou bien il peut y avoir simplement recours aux règles juridiques d'un autre ordre, comme telles et parce que telles, dans le seul but de faire de ces règles la condition d'application de ses propres normes. Dans le premier cas on parle de renvoi réceptif ou matériel ; dans le second cas on parle de renvoi non réceptif ou formel* » Voir Anzilotti dans son cours de droit international cité par Yves Nouvel « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements », pp.7-18 in Dossier « *Les techniques conventionnelles du droit international des investissements* » RGDIP Tome 119, 2015, p.10

⁹⁴⁵ Voir (P.) Juillard « *Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements(2004)* », AFDI 2004 pp.669-682 p.677

⁹⁴⁶ Voir article 1 « définitions » Treaty between the Government of The United States Of America and the Government of concerning the encouragement and reciprocal protection of investment » 2004 Model BIT in Stéphane Bonomo p303 précité.

immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges »⁹⁴⁷.

415. Ce modèle dans sa conception de l'investissement étranger considère la dette comme investissement. De même, le traitement préférentiel et non discrimination doublement accordés durant la phase pré-investissement et post-investissement ce qui pose problème dans des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest où les politiques de protection sont très attachées à la souveraineté d'une part qui consiste à accepter ou de refuser d'accepter un investissement étranger), et d'autre part, l'octroie d'avantages particulier une fois l'investissement accepté et agréé. Par conséquent, ce modèle que les États-Unis signent avec un certain nombre de pays ouest africain pose problème -du point de vue de ces innovations, mais surtout des capacités de négociation que certains pays n'ont pas- *« Le modèle qui servira e base à la négociation bilatérale doit donc susciter le libre échange des vues entre parties. Il ne paraît pas exagéré de soutenir que la conduite d'une négociation bilatérale, sur la base du modèle des Etats-Unis, élaboré par les meilleurs spécialistes américains, exigera de leurs partenaires conventionnels un renforcement de leurs capacités que certains ne pourront que difficilement mener à bien »*⁹⁴⁸. Ces différents modèles de TBI procèdent à une définition de l'investissement protégé non exempte de critiques

B : Les critiques contre les définitions adoptées

416. Le concept d'investissement international n'a fait l'objet de définition de que dans la doctrine internationaliste⁹⁴⁹ dans les textes nationaux⁹⁵⁰, instruments conventionnels bilatéraux⁹⁵¹ et rarement dans les textes multilatéraux⁹⁵². Par contre la jurisprudence arbitrale

⁹⁴⁷ Voir article 1 « *Definitions* » Ibid

⁹⁴⁸ Voir (P.) Juillard p.670 ibid.

⁹⁴⁹ Les professeurs D.Carreau & P. Juillard dans leur classique du « *Droit International économique* », Paris éd. Dalloz, 2013 ont adoptés une définition prenant en compte des critères synonymes « d'apport en capital ou en nature, ayant une certaine durée (longue) et présentant un risque pour l'investisseur. Pour un auteur émérite comme Philippe Kahn : « *La définition juridique de l'investissement direct est, au départ, dérivée de celles retenues par les économistes. L'objectif poursuivi était avant tout avant tout d'encourager les mouvements de capitaux et de leur assurer une certaine protection, notamment contre les interventions des États* » L'auteur poursuit en notant une « confusion » due aux mutations de l'économie internationale mondialisée passant de l'industrie à une économie tertiaisée. Ainsi, il souligne : « *La période actuelle qui repose sur la recherche de l'attractivité, conséquence pour les États de la mondialisation, et voit se développer une économie de services parallèlement à l'ancienne économie industrielle. Elle reflète donc, dans la confusion, toute une série d'opérations qualifiées d'investissements à travers à travers la floraison des conventions bilatérales, les nouvelles rédactions des textes législatifs et les hésitations des arbitres* » Voir (Ph.) Kahn « *Les définitions de l'investissement international* » pp.11-16 in « *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard* » cahiers internationaux n°21, éd.A. Pedone-Paris-2009 p. 12 et s.

⁹⁵⁰ Les textes nationaux « Codes des investissements » des pays d'Afrique de l'ouest adoptent la vision énumérative à la française pour donner un contenu au concept à l'image du Code Malien : «

⁹⁵¹ Les modèles bilatéraux font une définition énumérative du concept « investissement » à l'exemple du modèle français où dans ses « clauses types » relatifs aux encouragements et à la protection réciproques des investissements, il est noté que « *le terme investissement désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures et, plus particulièrement mais non exclusivement* » Voir (H.) Ghérari Documents d'études n°3.12 « *Droit international économique 2. Le système monétaire international public, l'investissement étranger* » La Documentation Française octobre 2013 p.38 ; Dans l'APPI entre le Canada et le Nigéria

a une approche particulière et assez chaotique du concept d'investissement protégé⁹⁵³. Les pays en développement notamment ceux d'Afrique, toujours défenseurs dans les procédures d'arbitrage au niveau international, ont toujours refusé cette conception extensive de

« investissement » s'entend : a) d'une entreprise ; b) d'une action ou d'une autre type de participation au capital social d'une entreprise ; c) d'une obligation, d'une obligation non garantie ou d'une autre titre de créance d'une entreprise ; d) d'un prêt à une entreprise ; e) ...un prêt ou un titre de créance consenti par une institution financière est un investissement uniquement s'il est considéré comme capital réglementaire par la partie sur le territoire de laquelle l'institution financière est située ; f) d'un droit de participation aux revenus et aux bénéfices d'une entreprise ; g) d'un droit de participation au partage d'actifs d'une entreprise en cas de dissolution ; h) d'actifs liés à une activité économique exercée sur le territoire d'une Partie financée par des capitaux ou d'autres ressources engagés sur ce territoire, par exemple au titre : i) d'un contrat qui suppose la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de cette Partie, y compris d'un contrat clés en main, d'un contrat de construction ou d'une concession, ii) d'un contrat dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise ; i) d'un droit de propriété intellectuelle ; j) de tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, et de tout droit de propriété connexe acquis ou utilisé dans le but de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales » voir APPI Canada-Nigéria signé le 5 mai, 2014 à Abuja au Nigeria

⁹⁵² L'investissement- aussi paradoxalement ne fait pas l'objet d'une définition en bonne et due forme dans un traité multilatéral global relatif aux investissements étrangers (un tel instrument n'existe pas pour l'instant) Il n'a fait que des définitions parcellaires dans des instruments interrégionaux ou internationaux sectoriels L'approche de l'OCDE dans le « Code de libération des mouvements de capitaux (1961) la définit comme suit : « Investissements directs Investissements effectués en vue d'établir des liens économiques durables avec une entreprise, tels que, notamment, les investissements qui donnent la possibilité d'exercer une influence réelle sur la gestion de ladite entreprise (.....) B. A l'étranger par des résidents au moyen : 1. De la création ou de l'extension d'une entreprise, d'une filiale ou d'une succursale appartenant exclusivement au bailleur de fonds, de l'acquisition intégrale d'une entreprise existante ; 2. D'une participation à une entreprise nouvelle ou existante ; 3. D'un prêt à cinq ans ou plus. » Annexe A : Listes de libération des mouvements de capitaux cité par H. Ghérari p. 42 ibid. La Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant AMGI parle elle d'« investissements admissibles » pour définir le concept. Elle souligne dans son article 12 que lesdits investissements comprennent : « a) des prises de participation, y compris les prêts à moyen ou à long terme accordés ou garantis par les détenteurs du capital de l'entreprise intéressée, et toutes formes d'investissement direct jugées admissibles par le Conseil d'Administration. » L'investissement dans le cadre des garantis émises par l'AMGI dépend aussi des décisions prises par son Conseil d'Administration qui : « peut à la majorité inclure parmi les investissements admissibles toutes autres formes d'investissements à moyen ou à long terme, à l'exception toutefois des prêts autres que ceux mentionnés à la section a). c) Les garantis sont limitées aux investissements dont l'exécution commence après l'enregistrement de la demande de garantie par l'Agence. Lesdits investissements peuvent comprendre : i) tout transfert de devises effectué en vue de moderniser, de renforcer ou de développer un investissement existant ; et ii) l'utilisation du produit d'investissements existants qui pourrait être transféré à l'étranger... »

⁹⁵³ La Convention de Washington du 18 mars 1965- sans doute pour différentes raisons... -n'a pas défini le concept d'« investissement ». L'article 25 se borne à souligner que « (1.) La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un État contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement... ». La jurisprudence arbitrale reprenant une partie des critères de la doctrine dans l'affaire de venue célèbre dans le monde arbitral « Salini C. Royaume du Maroc » le Tribunal arbitral qualifie un contrat de construction comme de l'investissement dans la mesure où l'investissement suppose « des apports, une certaine durée d'exécution du marché et une participation aux risques de l'opération. Et une contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement » voir CIRDI, « Salini Costruttori S.p.A et Italstrad S.p.A c. Royaume du Maroc », aff. n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, le Tribunal arbitral CIRDI refuse d'être prisonnier du « précédent » Dans l'affaire Biwater c. Tanzanie, il s'est affranchi de « Salini test » affirmant : « (...) a more flexible and pragmatic approach to the meaning of « investment » is appropriate, which takes into account the features identified in Salini, but a long with all the circumstances of the case, including the nature of the instrument containing the relevant to ICSID » voir CIRDI, Biwater Gauff LTD c. Tanzanie, aff. N°ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008 cité par Guillaume Aréou « la notion d'investissement- évolutions récentes » pp.7-29 in « L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement » Paris, Ed. A. Pedone 2015 p.10

l'investissement⁹⁵⁴. Cette définition énumérative⁹⁵⁵ de l'investissement préfigure des différends ultérieurs, dans la mesure où, il arrive fréquemment, que l'un des acteurs de l'arbitrage Etat/ investisseur conteste la qualité d'investissement du litige en cause. Doctor Juris Jan Schokkaert dira à ce propos : « *Il importe que les BIT's prévoient une définition aussi large que possible des investissements afin de protéger au mieux les investisseurs internationaux. L'énumération des avoirs, actifs et opérations, qui sont considérés comme investissements (liste énumérative et non limitative) est une des formules utilisées pour atteindre l'objectif visé. En cas de désaccord, l'investisseur pourra même être amené à introduire une procédure d'arbitrage pour obtenir gain de cause* »⁹⁵⁶.

417. Dans la définition de l'investissement, il y a deux démarches. La démarche analytique qui donne une liste énumérative large de l'investissement (biens, droits et actifs qui doivent être en conformité avec le droit local) et la démarche synthétique qui augmente les imprécisions du terme. L'insécurité juridique qui naît de l'indétermination du concept d'investissement a été à l'origine de sentence arbitrale atypique. Ainsi l'affaire *Fedax c. Venezuela* illustre notre propos : en effet, le 17 juin 1996, la société Fedax soumit une demande d'arbitrage contre ce pays au CIRDI. Les Faits : si le non paiement de billets à ordre émis par lui et remis à une société du Venezuela Industrias Metallurgias Van dame CA qui les avait endossés pour Fedax pouvait être considéré comme un investissement direct étranger au sens de l'APPI signé le 22 octobre 1991 entre les Pays-Bas et le Venezuela. Le tribunal arbitral donne raison à la société Fedax et a condamné le Venezuela à payer des dommages et intérêts et a estimé que les billets à ordre –instruments financiers- peuvent être qualifiés d'investissement au sens de l'article 25.⁹⁵⁷ Ainsi. Pour éviter ces définitions longues et préétablies du concept d'investissement (sources potentielles de conflit et de contentieux), les pays d'Afrique devraient établir une liste de catégories d'investissement susceptibles d'être déferées devant le CIRDI⁹⁵⁸ pour éviter les controverses sur la nature ou non de l'investissement d'un litige éventuel.

⁹⁵⁴ C'est pour garder un certain contrôle sur les opérations d'investissement, mais surtout de peur que toute opération en « *relation directe avec un investissement* » puisse être qualifiée d'investissement(notamment le problème des investissements sous forme de joint-ventures avec la participation d'un actionnaire local et comme telle déferée à l'arbitrage avec les risques que cela pose en cas d'éventuel condamnation de l'Etat voir *CIRDI AGIP S.p.A c. République du Congo aff. N°ARB/77/1*), sentence du 30 novembre 1979

⁹⁵⁵ Adoptée par le modèle des textes bilatéraux des grands pays exportateurs de capitaux à l'image de la France

⁹⁵⁶ Voir Doctor Juris Jan Schokkaert « *La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux Droit comparé- droit interne Conventions européennes* », 2006, éd. Bruylant p. 82

⁹⁵⁷ Voir Gaillard (E) La jurisprudence du CIRDI, Paris, éd. Pedone 2004 p.463 ; le point de départ de cette jurisprudence sur le qualificatif du concept d'investissement a été amorcé par le tribunal arbitral CIRDI dans l'affaire Salini ou depuis « *critère salini* » « *salini test* » où la construction d'une autoroute par la firme de travaux publics italien a été qualifiée d' « investissement » concept défini comme un « apport, une durée d'exécution, une participation au risque et la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil » voir CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc* , aff.n°ARB/00/4 décision sur la compétence du 23 juillet 2001 ; l'affaire *Biwater Gauff LTD c. Tanzanie* montre un revirement jurisprudentiel du tribunal arbitral dans sa volonté de se détacher du critère Salini et ne plus le quatrième critère « la « contribution au développement économique de l'Etat » voir CIRDI, *Biwater Gauff Ltd c. Tanzanie*, aff. N°ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008

⁹⁵⁸ La qualification d'investissement la plupart du temps ne se pose parce que « *facilement reconnaissable* » voir CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales des Aguas*

418. Pour ne pas se confronter à des longues définitions énumératives du concept d'investissement source potentiel de conflit, les TBI signés par les pays de la sous région restreignent la définition du concept d'investissement, soit ne définit la notion en laissant une part interprétative importante des acteurs : « Ces traités ne contiennent donc en réalité aucune définition de l'investissement, et cette imprécision augmente la probabilité de survenance de différends, ainsi que l'illustre la rédaction donnée par la Convention Côte d'Ivoire/Suède art.VI-1 : *« les investissements(...) ainsi que les biens, droits et intérêts, appartenant aux ressortissants, fondations, associations ou sociétés/aux personnes physiques et morales d'une des parties Contractantes dans le territoire de l'autre partie Contractante(...). La Convention Ghana/Bulgarie art 1^{er}-1 est emblématique de la faiblesse d'une rédaction synthétique qui n'est pas une définition ici : « The term investment covers all investment made in the territory of a contracting party investors of the other contracting party »*,⁹⁵⁹ Les APPI signés par les pays de la sous région ouest africaine ont accordés beaucoup d'avantages et de facilités aux investisseurs étrangers qui relatent là aussi un déséquilibre.

AA- Paragraphe 2 : Remarques sur les instruments juridiques de protection suivis par les pays d'Afrique de l'ouest

Les APPI ont instauré un traitement de faveurs pour les investisseurs étrangers (A), et les analyses de principales normes protectrices contenues et marquantes pour les pays d'Afrique de l'ouest dans leur TBI (B).

A : Un traitement de faveurs pour les investisseurs étrangers

Il se manifeste à travers la largesse des avantages octroyés au principe de non discrimination (1) ; il y a aussi l'ampleur de la responsabilité des États sur le fondement des TBI (2) et enfin, il y a l'absence de modèle africain de TBI contrebalançant ce déséquilibre (3).

1) La largesse des avantages octroyés à travers les principes- standards de non-discrimination de droit international

Il s'agit d'analyser ces différents principes-standards contenus dans les TBI des pays d'Afrique de l'ouest que sont les clauses de la Nation la plus favorisée (a), le traitement national (b), (c) le traitement juste et équitable et enfin du traitement de plein et entière sécurité (d).

S.A., c. Argentine, aff.n° ARB/03/17, décision sur la compétence du 16 mai 2006, §29 ; CIRDI, *Phoenix Action, LTD. C. République Tchèque*, aff.n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, §79 cité par Guillaume Aréou « *La notion d'investissement- évolutions récentes* » pp.7-27 in Colloque « *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la Procéduralisation du droit international de l'investissement* » SD de A. De Nanteuil Ed. A.. Pedone-Paris-2015 p.8

⁹⁵⁹ Voir Fradin-V. G. « *Droit international des investissements en Afrique de l'Ouest : les conventions bilatérales d'investissement* » DEA de droit des relations économiques internationales et communautaires Année 1998-1999 Sd de Habib Ghérari p.23 et s. 193 p.

a- Par la clause de la Nation la plus favorisée

i- La signification du principe

419. Ces principes contenus dans les APPI marquent incontestablement une internationalisation de la protection de l'investissement étranger dans les pays essentiellement en voie de développement que sont ceux d'Afrique de l'ouest⁹⁶⁰. La clause de la Nation la plus favorisée⁹⁶¹, une des pierres angulaires du droit des investissements internationaux, a été abondamment évoquée par la doctrine internationaliste⁹⁶² quant à son effectivité, ses tenants et aboutissants. Les pays d'Afrique de l'ouest le conçoivent comme un instrument sécuritaire en vue de rassurer les investisseurs étrangers. Ainsi, dans les APPI signés par les pays africains notamment, le traité entre le Sénégal et l'Espagne, il est stipulé que : « *1 Chacune des parties contractantes appliquera aux investissements réalisés par des investisseurs de l'autre partie contractante, un traitement sur son territoire non moins favorable que celui accordé aux investissements de ses propres investisseurs ou aux investissements d'investisseurs de tout État tiers, si celui-ci est plus avantageux* »⁹⁶³.

⁹⁶⁰ Selon l'auteur Thomas W. Wald : « *la non-discrimination entre investissements existants, la nationalisation sous la condition du versement d'une indemnisation complète, l'interdiction de restrictions contre le rapatriement de l'investissement et des revenus ainsi que l'acceptation du recours à l'arbitrage pour le règlement des différends*, sont aujourd'hui des clauses incontournables dans tous les TBI », voir Th. W. Walde Cours et travaux n°2 Paris 2 Assas « Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation économique », Ed. A. Pedone Paris 2004, p.44

⁹⁶¹ Signifie une réciprocité des avantages c'est-à-dire tout avantage accordé à un État devrait être étendu à d'autre en vertu de ce principe Selon les N-U (CNUCED) : « *La clause du Traitement NPF a toujours sa base juridique dans l'accord particulier. Il s'agit donc d'une obligation conventionnelle et non d'un principe du droit international s'appliquant aux États en tant qu'obligation juridique générale indépendante des engagements spécifiques d'un accord. Les articles 7 et 10 du projet d'article de la CDI sur le traitement de la NPF en disposent ainsi : pour l'article 7 « Aucune disposition des présents articles n'implique qu'un État a le droit de se voir accorder par un autre État le traitement de la nation la plus favorisée si ce n'est sur la base d'une obligation internationale assumée par ce dernier État » Alors que l'article 10 « Acquisition de droits en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée » 1. En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que si l'Etat concédant confère à un État tiers un traitement qui ressortit à l'objet de la clause.*

2. L'Etat bénéficiaire n'acquiert des droits découlant du paragraphe 1 en ce qui concerne des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui que si ces personnes ou ces choses :

a) Appartiennent à la même catégorie de personnes ou de choses que celles se trouvant dans un rapport déterminé avec un État tiers qui bénéficient du traitement qui leur est conféré par l'Etat concédant ; et

b) Se trouvent avec l'Etat bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel les personnes et les choses visées à l'alinéa a se trouvent avec cet État tiers » Source : CDI (1978), Voir CNUCED « Traitement de la Nation la plus favorisée » Collection de la Cnuced consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II Nations-Unies New-York et Genève, 2010 pp.21-25

⁹⁶² Voir (S.) Manciaux « *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États Trente années d'activités du CXIRDI* », éd. LexisNexis Litec, 2004 p.589 ; voir (Y.) Nouvel « *Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements* » pp.7-18 in « *Les techniques conventionnelles du droit international des investissements* » RGDIP Tome 119 n°1 2015 p.9 ; voir (Ge.) Lyonnet « *La Clause de la Nation la plus favorisée en droit des investissements : bilan et perspectives-invitation à la prudence* » pp.19-45 p.34 et s. *ibid.*

⁹⁶³ Voir article 4 « *Traitement national et Clause de la Nation la plus favorisée* » l'Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement du Royaume d'Espagne sur la Promotion réciproque des investissements, signés le 22 novembre 2007, à Dakar

420. Les avantages liés à la clause pour l'investisseur étranger sont étendus à l'aval de son investissement concernant les fruits et aux autres bénéfices : « 2. Chacune des parties contractantes appliquera aux investisseurs de l'autre Partie contractante, en ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, la cession ou la liquidation des investissements effectués sur son territoire, un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs ou à des investisseurs d'un État tiers, si celui-ci est plus avantageux »⁹⁶⁴. Les bénéficiaires de la clause sont étendus aux investisseurs ressortissants de l'autre partie contractante. Le principe interdit la discrimination entre États parti à la Convention bilatérale dont les ressortissants doivent exercer leur travail dans la mesure des possibles : « Les nationaux autorisés à travailler sur le territoire et dans la zone maritime de l'une des parties contractantes doivent pouvoir bénéficier des facilités matérielles appropriées pour l'exercice de leurs activités professionnelles »⁹⁶⁵. Dans le cadre des TBI, il est prévu des exceptions relatives à leur octroi à des personnes ou des choses.

ii- Les exceptions

421. Le principe du traitement relatif à la nation la plus favorisé⁹⁶⁶ ne vise qu'à prévenir les discriminations fondées sur la nationalité. Par conséquent, il ne saurait être un principe octroyant des avantages généraux et absolus dans les phases pré et post-investissement. Dans le modèle de TBI des pays d'Afrique de l'ouest, les avantages ne sont octroyés qu'à posteriori c'est-à-dire à la phase post établissement et non la phase pré-établissement. Le traitement auquel l'investisseur étranger espère ne s'applique qu'au cas d'espèce ou secteur prévu par le texte de l'accord. Par conséquent, un investissement étranger ou un investisseur ne peut profiter des dispositions relatives au traitement de la nation la plus favorisée pour bénéficier ou obtenir des traitement de faveurs résultant de l'appartenance à une zone de libre échange ou une zone communautaire- alors qu'il n'en est pas membre de droit. Ainsi à travers les principes consacrés dans un TBI- un État ne peut prétendre aux avantages qui en découlent pour jouir des droits et privilèges dus à l'appartenance à une Organisation communautaire- au même titre que son partenaire signataire-. L'APPI entre le Sénégal et le Royaume d'Espagne en résume la quintessence : « Le traitement accordé en vertu des alinéa 1 et 2 du présent article n'obligera pas les Parties contractantes à accorder aux investisseurs de l'autre Partie contractante et à leurs investissements, le bénéfice de tout traitement, préférence ou privilège résultant : a) de son association ou sa participation, actuelle ou future, à une zone de libre échange, une union douanière, économique régionale ou accord international de nature similaire, ou ; b) de tout accord ou convention internationale relevant en tout ou en grande

⁹⁶⁴ Voir article 4 *ibid*.

⁹⁶⁵ Voir article 4 de l'Accord entre le Gouvernement de la république française et le Gouvernement de la République fédérale du Nigéria sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements signé à Paris le 27 février 1990 Journal officiel du 9 octobre 1991

⁹⁶⁶ Voir Claire Crepet Daigremont, « La clause de la nation la plus favorisée », thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris II Assas, 2009 pp.40-43

mesure de la fiscalité ou de toute disposition ou législation nationale relevant en tout ou en grande mesure de la fiscalité »⁹⁶⁷.

422. Les exceptions prévues par le principe revêtent de caractère systémique : « *Les clauses NPF des AII sont généralement assorties d'exceptions. Certaines de ces exceptions, d'un caractère systémique, sont directement liées à la nature du traitement NPF. D'autres sont des exceptions nationales concernant par exemple, les secteurs de l'économie qui sont exclus du traitement NPF ou les mesures qui ne sont pas conformes à l'engagement pris par l'Etat d'accorder ce traitement aux investisseurs étrangers* »⁹⁶⁸. Comme la préoccupation des pays en développement en matière de protection des investissements se diffèrent en fonction des objectifs de politique de développement, la mise en place d'un secteur privé local fort et l'acquisition de la technologie et du savoir faire étrangers, l'investisseur bénéficiaire de la clause de la Nation de la plus favorisée se voit priver d'accès à des secteurs qui comportent « *des exceptions spécifiques au traitement NPF dans les domaines tels que les marchés publics et les subventions* »⁹⁶⁹.

423. La clause NPF n'est pas automatique. Cela dépend des préoccupations économiques des États en matière de protection des investissements étrangers. Ainsi, dans le cadre de ses lois internes ou dans un engagement bilatéral, un État peut souverainement décider d'octroyer des avantages à des investisseurs étrangers, tout en les prohibant (liste négative) dans d'autres secteurs jugés importants. La question relative au statut de l'investisseur bénéficiaire dans certains secteurs, à la précision terminologique et celle relative à sa portée procédurale ont fait l'objet d'un contentieux arbitral assez conséquent⁹⁷⁰. La clause jumelle de la CNPF est celle relative au traitement national à laquelle les investisseurs étrangers peuvent prétendre.

b- Par la clause du traitement national

424. Le traitement national- en matière commerciale et dans le domaine des investissements étrangers constitue l'un des meilleurs instruments juridiques pour prévenir les discriminations dont l'investisseur peut rencontrer concernant ses activités. Dans la mesure où, c'est un principe qui exige un traitement identique des investisseurs nationaux et des investisseurs

⁹⁶⁷ Voir article 4 de l'APPI Sénégal-Royaume d'Espagne signé le 22 novembre 2007 à Dakar. De même l'APPI signé entre le Gouvernement de la République Libanaise et le Gouvernement de la République de Guinée signé à Sao-Paulo(Brésil) le 15 juin 2004 dispose dans son article 3 « *Traitement des investissements* » prévoit des exceptions concernant le bénéficiaires de la NPF en matière d'investissement dans le : « *I cadre d'une union douanière, d'une zone de libre échange, d'une union monétaire ou d'un autre accord international similaire portant création de telles unions ou d'autres formes de coopération régionale auxquelles l'une ou l'autre partie contractante a adhéré ou pourrait adhérer II D'un quelconque accord ou arrangement international portant entièrement ou en partie, sur les questions de l'imposition* »

⁹⁶⁸ Voir N-U(Cnuced) « Clause de la Nation la plus favorisée » p.20 op. Cit.

⁹⁶⁹ Voir Cnuced p. 20 et s.

⁹⁷⁰ Le CIRDI a eu à connaître du contentieux de ce type dans les affaires *Maffezini(Emilion Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne, CIRDI, affaire n°ARB/97/7, décision sur la compétence du 25 janvier 2000 ; sentence du 13 novembre 2000, rectification de la sentence du 31 janvier 2001) ; Salini(Salini Costrutti S.p.A et Italstrade S.p.A. c. Jordanie, CIRDI, affaire n°ARB/02/13, décision sur la compétence du 9 novembre 2004) ; Siemens(Siemens c. Argentine, CIRDI, affaire n°ARB/02/8, décision sur la compétence du 3 août 2004) ; Plama (Plama Consortium Limited c. Bulgarie, CIRDI, affaire n°ARB/03/24, décision sur la compétence du 8 février 2005).*

étrangers. Sur le plan de la protection des investissements, les instruments conventionnels bilatéraux lui réservent un traitement différent. En effet, c'est le cas les traités d'investissement signés par les Etats-Unis d'Amérique, il est rappelé que les Etats-Unis prônent le traitement national dans la phase pré-établissement. Ainsi, dans l'APPI (entrée en vigueur le 3 mars 2005) entre les Etats-Unis et la République du Mozambique, l'article 11 dispose : « With respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of covered investment under this treaty, each Party shall accord treatment no less favorable than that it accords, in like situations, to investments in its territory of its own nationals or companies(hereinafter national treatment) or to investment in the territory of nationals or companies of a third country(hereinafter « most favored nation treatment »), whichever is most favorable(hereinafter national and most favored nation treatment »). Each Party shall ensure that its state enterprises, in the provision of their goods or services, accord national and most favored nation treatment to covered investment under this treaty »⁹⁷¹. Il en est de même pour le Canada⁹⁷² dans leurs politiques de protection des investissements⁹⁷³. Dans le cadre des APPI entre les pays d'Afrique de l'ouest, le principe a reçu un traitement différent similaire au modèle français de TBI. En effet, l'investisseur ne peut prétendre jouir de cet avantage une fois établie, (c'est-à-dire quand il s'implante et que ses activités démarrent). Ainsi dans le TBI entre le Gabon et le Maroc « Chaque Partie Contractante accorde sur son territoire aux investisseurs de l'autre Partie Contractante, pour ce qui est des activités liées à leurs investissements, un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout États tiers ».⁹⁷⁴

425. Les pays d'Afrique de l'ouest ont fait le choix du traitement national post-implantation, là où cela leur permettra de contrôler tout le processus d'investissement, de contrôler leur pouvoir de réglementation et surtout, de préserver d'une certaine manière leur souveraineté consistant à décider d'admettre ou de ne pas admettre un investissement international ou un investisseur étranger sur leur sol « En faisant le choix de limiter

⁹⁷¹ Voir Traité entre les Etats-Unis et la République de Mozambique cité par Thierry Lauriol « *Le traitement National* » pp-47-67 in « *Les techniques conventionnelles du droit international des investissements* », RGDIP Tome 119 2015 n°1 p.51

⁹⁷² Le modèle canadien le prévoit et le définit comme un mécanisme d'avantage réciproque en matière d'investissement : « 1. Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investisseurs de tout État tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation des investissements sur son territoire. 2. Chacune des Parties accorde aux investissements visés un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances similaires, aux investissements des investisseurs de tout État tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation des investissements sur son territoire... » Voir article 5 « *Traitement de la Nation la plus Favorisée* » de l'APPI Canada-Nigéria signé le 5 mai, 2014, à Abuja(Nigéria)

⁹⁷³ Voir le traité portant création de l'ALENA dont l'article 1102 dispose : « 1. Chacune des parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements... »

⁹⁷⁴ Voir article 3 « *Traitement national et clause de la Nation la plus favorisée* » de l'Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la République Gabonaise portant sur la promotion et la protection réciproques des investissements signé à Libreville le 21 juin 2004

*l'application du standard de traitement national à la phase postérieure à l'établissement, donc à la réalisation de l'investissement, l'Etat d'accueil se réserve un pouvoir plus important pour décider quelles activités économiques il souhaite autoriser voire favoriser sur son territoire. Ce pouvoir discrétionnaire dans l'admission des investissements étrangers est une manifestation de la souveraineté nationale de l'Etat d'accueil qui est absolument compréhensible »*⁹⁷⁵.

426. Ce désir d'allier libéralisation des flux d'investissements- tout en prônant la nécessité d'une conformité de « l'investissement protégé »- à la législation locale en vigueur se trouve dans l'Accord sur la promotion et la protection des investissements réciproques entre la Guinée et le Liban où il est affirmé que : *« 1 Chacune des Parties contractantes encourage et créera les conditions favorables pour les investisseurs de l'autre Partie contractante sur son territoire et autorisera les investissements en question conformément à sa législation en vigueur. »*⁹⁷⁶Le droit international des investissements a consacré aussi d'autres principes - composants essentiels des traités de protection des investissements- comme celui relatif au traitement juste et équitable.

c- Par la clause du traitement juste et équitable

427. Rien, ni aucune norme ou principes en droit international n'oblige un État souverain - quelque soit sa puissance ou sa faiblesse- à accorder un traitement privilégié à un ou des investisseur(s) étrangers. Mais certains principes peuvent acquérir par la pratique surtout des vieux États investisseurs une légitimité conventionnelle incontestable. Le principe du traitement juste et équitable (fair and equitable treatment) en fait partie. Selon Arnaud de Nanteuil le principe : *« est l'une des constantes les plus remarquables dans les traités, dans toutes les régions du monde et à toutes les époques. L'origine de l'expression semble remonter aux traités de commerce, d'amitié et de navigation signés par les Etats-Unis. . Elle est aujourd'hui reprise dans la quasi-totalité des traités de protection, avec une cohérence et une constante rares dans la terminologie employée (...) Cela signifie probablement qu'un tel traitement ne saurait reposer simplement sur une vague sentiment de « ce qui est juste », librement laissé à l'appréciation des arbitres en cas de contentieux »*⁹⁷⁷.

428. Les principes directeurs pour le traitement de l'investissement l'ont ainsi repris⁹⁷⁸. Certains traités bilatéraux d'investissement ne l'ont pas repris pourtant⁹⁷⁹. En Afrique de

⁹⁷⁵ Voir Thierry Lauriol « *le Traitement national* » p.53 et s. ibid.

⁹⁷⁶ Voir l'article 2 « *promotion et protection des investissements* » de l'APPI de la République de Guinée- et de la République Libanaise signé à Sao-Paulo le 15 juin 2004 précité

⁹⁷⁷ Voir (A.) De Nanteuil Manuel de *droit international de l'investissement*, Ed. Pedone –Paris-2014 p.314

⁹⁷⁸ Selon la formule suivante : « 2 Chaque État réservera aux investissements établis sur son territoire par des ressortissants de tout autre Etat, un traitement juste et équitable, conformément aux normes recommandées dans les présents principes directeurs » Voir « Les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger » Banque Mondiale, 21 septembre 1992

⁹⁷⁹ W. Ben Hamida note ceci « *on doit toutefois ici mettre en lumière le fait que dans quelques très rares cas, certains pays et même ceux qui attirent de nombreux investisseurs étrangers n'ont pas fait le choix d'intégrer ce standard dans certains de leurs accords. C'est ce qu'a souligné M. Sornarajah, en illustrant ses propos par le fait que dans le dernier TBI signés par l'Inde et Singapour, le texte conventionnel « ne fait aucune référence au*

l'ouest, la pratique conventionnelle en matière de promotion et de protection réciproques des investissements la consacre explicitement : « *Chacune des parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire et dans sa zone maritime, un traitement juste et équilibré, conformément aux principes du droit international, aux investissements effectués par des investisseurs de l'autre partie et à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit ni en fait* »⁹⁸⁰. La protection des investissements par les « clauses » montre une asymétrie entre ces dernières. En effet, Les clauses relatives à la non discrimination- la Nation la plus favorisée et le Traitement national- sont prévues et organisées et par les traités et par le droit interne du/des pays d'accueil de l'investissement. Alors que le traitement juste et équitable et le traitement plein et entière sécurité « les clauses infra » renvoient au traité en espèce entre les parties qui les prévoit comme avantage. Le Professeur Carlos Santulli le décrit : « *La doctrine du droit des investissements tend à distinguer les stipulations conventionnelles des accords de protection de l'investissement en deux catégories. La première serait celle des standards »relatifs » (contingent)...qui, à l'instar des clauses de traitement national ou de la nation la plus favorisée, renverraient au droit interne ou aux avantages concédés aux tiers pour déterminer ce à quoi l'Etat est engagé, la seconde réunirait les standards « absolus »(non contingent) dont le contenu serait déterminé par le traité lui-même, et non par un ensemble de normes extérieures de référence. Dans cette construction, le traitement juste et équitable rejoindrait les stipulations relatives à l'expropriation, à la libre exploitation ou au transfert au sein de cette deuxième catégorie de clauses* »⁹⁸¹. La jurisprudence arbitrale en a fait cas pour lui donne un « contenu »⁹⁸². La sécurité juridique des investissements réciproques dans les APPI est matérialisée à travers le traitement de pleine et entière sécurité.

d- Par la clause de traitement plein et entière sécurité

429. L'évolution du droit des investissements internationaux montre un rôle toujours plus accru joué par la protection substantielle de l'investissement et des investisseurs dans les pays d'implantation. La notion de traitement sécuritaire plein et entier –reprise par la plupart des TBI- remonte assez loin dans la pratique de certains États en vue d'assurer la protection de

standard du traitement juste et équitable » (« The fair and Equitable Treatment : Whose Equity ? », in Investment Treaty Law : Current Issue II, London British Institute of International and Comparative Law, 2007, vol.2, p.181). » Cité par Stéphane Bonomo « *Les TBI entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États* » Ed. PU d'Aix-Marseille-2012 p.43

⁹⁸⁰ Voir article 3 de l'Accord portant PPI entre la France et le Nigéria signé le 27 février 1990 et entré en vigueur le 19 août 1991 (JO de la France du 9 octobre 1991). Voir l'article 3 « *Traitement des investissements* » de l'APPI entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement de la République Arabe d'Egypte, signé à Dakar, le 05 mars 1998 : « 1.- *Les investissements consentis par les investisseurs d'une Partie contractante dans le territoire de l'autre Partie contractante, de même que les bénéfices générés, doivent recevoir un traitement juste et équitable et non moins favorable que celui accordé aux investissements des nationaux de cette dernière Partie ou aux investisseurs d'un tiers.* ». Ce principe est tellement important que les rédacteurs l'ont mentionné comme faisant partie des objectifs de l'Accord. dans l'exposé des motifs.

⁹⁸¹ Voir C. Santulli « *Le traitement juste et équitable : stipulation particulière ou principe général de bonne conduite ?* » pp.69-85, in Dossier « *Les techniques conventionnelles du droit international des investissements* » RGDIP Tome 119 2015 n°1 p.71

⁹⁸² Voir CIRDI, *Waste Management Inc c. Mexique* aff. N° ARB/00/3, sentence du 30 avril 2004 ; CIRDI, *Abdel A. Hamadi Al Tamimi c. Sultanat d'Oman*, aff. N°ARB/11/33, sentence du 3 novembre 2015 §§380 et s.

leurs ressortissants respectifs et de leurs biens dans les deux pays⁹⁸³. La clause traduit donc un traitement à référence dans des pays considérés comme risqués juridiquement par nature pour les investissements étrangers : soit par référence aux mesures d'expropriation à l'encontre de l'investisseur, soit par référence aux principes du droit international -exigeant un traitement minimum des étrangers-. Bref, c'est une mesure minimum attendu d'un État en vue d'assurer juridiquement des investisseurs implantés sur son territoire.

430. Les TBI signés par les pays d'Afrique de l'ouest s'inscrivent dans cette volonté de conformer juridiquement à la protection qui soit conforme aux pratiques internationalement admises. Ainsi dans l'APPI République du Sénégal et République Arabe d'Égypte, le principe est lié à la nécessité de ne pas discriminer par des mesures d'expropriation contre les investissements de l'autre partie⁹⁸⁴. Alors que dans l'APPI entre la République de Guinée et la République libanaise, l'article 2 le stipule comme suit : « *2. Les investissements ainsi réalisés par les investisseurs de chaque Partie Contractantes jouiront, en tout temps, sur le territoire de l'autre partie Contractante, d'un traitement juste, équitable et non discriminatoire en droit et en fait, ainsi que la protection et de la pleine et entière sécurité conformément aux principes du droit international.* »⁹⁸⁵

431. Dans un autre traité de protection de la France- qui utilise ce principe standard dans son modèle type d'APPI- signé avec un pays d'Afrique de l'ouest la République fédérale du Nigéria, le standard d'une sécurité pleine et entière des investissements réciproques des deux parties est mentionné sans référence ou renvoi « *1. Les investissements effectués par des investisseurs de l'une ou l'autre des parties contractantes, ainsi que les revenus qui en proviennent et les réinvestissements de tels revenus, bénéficient sur le territoire et dans la zone maritime de l'autre partie contractante d'une protection et d'une sécurité pleines et entières.* »⁹⁸⁶

432. Dans une autre version, la sécurité pleine et entière est conçue dans le texte de l'Accord- non pas comme conformément aux principes du droit international comme dans l'APPI entre la Guinée et le Liban), mais en référence aux lois et règlement. Il est conçu ici comme une affirmation « en amont » de l'APPI, mais précisée par les lois et règlements pertinentes au niveau national de chaque pays. C'est le sens que lui donne l'APPI entre le Sénégal et l'Inde : « *Les investissements des ressortissants de chaque partie se verront*

⁹⁸³ Le traité du 2 février 1948 entre les Etats-Unis et l'Italie, article V.1 : « *Les ressortissants de chacune des Hautes parties Contractantes bénéficieront dans les territoires de l'autre Haute Partie Contractante de la protection et de la sécurité les plus constantes pour leurs personnes et leurs biens et ils jouiront, à cet égard, de la protection et de la sécurité exigées par le droit international* » (traduction C.I.J.). Cité par (G.) Bastid Burdeau « *La Clause de protection et de sécurité pleine et entière* » pp.87-101, in Dossier « *Les techniques conventionnelles du droit international des investissements* » RGDIP tome 119 2015 n°1 p. 87

⁹⁸⁴ L'article 2 « *Promotion et protection des investissements* » : « *2.- Chacune des Parties contractantes s'engage à assurer sur son territoire, un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante ainsi que leur protection et leur sécurité ; aucune des deux parties ne prendra des mesures d'expropriation ou de discrimination contre les investissements de l'autre Partie contractantes.* » voir APPI entre le Sénégal et l'Égypte signé à Dakar le 05 mars 1998

⁹⁸⁵ Voir article 2 « *Promotion et protection des investissements* » de l'APPI entre la République Libanaise et la République de Guinée signé à Sao-Paulo(Brésil) le 15 juin 2004

⁹⁸⁶ Voir article 5 de l'APPI entre la France et le Nigéria signés à Paris le 27 février 1990

*accorder en tout temps un traitement juste et équitable et jouiront d'une protection et d'une sécurité pleines et entières sur le territoire de l'autre partie conformément à ses lois et règlements.. »*⁹⁸⁷. Le choix d'analyse de ces différentes en matière de traité de protection est dicté par le souci d'efficacité et de clarté, parce que le droit des investissements étrangers regorge de principes et de constructions juridiques entre partenaires pour un traitement privilégié de l'investissement⁹⁸⁸. Les APPI instaurent un régime juridique contemporain de protection à l'international- marqué par l'ampleur de la responsabilité des États sur le fondement de tels instruments conventionnels.

2) L'ampleur de la responsabilité des États sur le fondement des TBI

433. Le droit international des investissements (au-delà de son dynamisme qui est réel) illustre un fait atypique : plus les prérogatives des États d'accueils de l'investissement en matière de réglementation diminuent, plus les droits et pouvoirs reconnus aux investisseurs étrangers (par les lois, traités et la jurisprudence arbitrale) augmentent. Ces deux évolutions majeures ont été bénéfiques aux investisseurs et à leurs sécurités juridiques⁹⁸⁹. Parallèlement, dans le cadre de ses relations internationales, l'Etat (sujet de droit international) peut engager et voir sa responsabilité engagée en cas de commission de « *fait international illicite* »⁹⁹⁰. La responsabilité des États sur le fondement des APPI est doublement évoquée par la doctrine internationaliste et abondamment par la jurisprudence arbitrale.

434. La nouveauté avec la protection de l'investissement initiée par les APPI, c'est la reconnaissance donnée à un investisseur privé d'introduire unilatéralement une requête même en cas de non épuisement des voies de recours internes. Analysant les caractéristiques de cette

⁹⁸⁷ Voir article 3 « *Promotion et protection des investissements* » de l'APPI entre le Sénégal et l'Inde signé à Dakar, le 3 juillet 2008. Cet article s'empresse de noter ceci : « *Aucune partie n'entravera d'une quelconque manière, par des mesures injustifiées ou discriminatoires, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'accroissement ou l'aliénation de tels investissements.* »

⁹⁸⁸ Voir APPI signé entre le Sénégal et l'Afrique du Sud à Dakar le 19 juin 1998 dont l'article 3 parle « *d'une totale protection sur le territoire de l'autre partie Contractante* »

⁹⁸⁹ Voir Ibrahim Shihata célèbre avocat Egyptien qui fut Secrétaire général du CIRDI « *parle de dépolitisation du contentieux lié à l'investissement international* » qui est le plus grand apport et acquis du CIRDI « *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes : The Roles of ICSID and MIGA*, » 1 ICSID Rev.- FILJ(1986) la Convention du 26 mars 1965 qui reconnaît explicitement et accorde « *un droit de saisine à l'investisseur étranger* » reconnaissance d'une personnalité juridique d'ester en justice au même titre que l'Etat d'accueil

⁹⁹⁰ N-U La Résolution de l'AGNU du 12 décembre 2001 note que « *Tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale* » art. 1^{er} Ces éléments constitutifs sont (art.2) un fait internationalement illicite constitutif d'un comportement consistant en une action ou une omission :

- a) *Est attribuable à l'Etat en vertu du droit international ; et*
- b) *Constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat* ». ce principe de la Responsabilité vient secourir l'investisseur international. En ce sens qu'il pose des actes qui peuvent conduire à engager la responsabilité de l'Etat (sujet de droit international) voire le contraindre à la « *cessation et non-répétition* » : article 30le stipule : « *L'Etat responsable du fait internationalement illicite à l'obligation* :
 - a) *D'y mettre fin si ce fait continue ;*
 - b) *D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent* » ;

L'Etat est tenu à Réparation selon l'article 31 « *L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'Etat* »

responsabilité, Le professeur Charles Leben souligne : « *Le point le plus important de tous est, naturellement, le fait que les traités de protection créent un droit directement en faveur des investisseurs qui, en fonction de leurs seuls intérêts et sans lien aucun avec leur État national, pourront saisir un tribunal arbitral et obliger l'Etat d'accueil à se défendre devant lui. Cette saisine pourra être faite sans même la nécessité d'épuiser les voies de recours interne à moins que cette obligation soit expressément prévue dans le traité lui-même. Et ce qui sera mis en cause devant ce tribunal n'est rien d'autre que la licéité d'une action de l'Etat au regard des règles établies dans le traité de protection, c'est-à-dire des règles de droit international* »⁹⁹¹.

435. Le modèle de protection de l'investisseur des APPI a été à l'origine d'une jurisprudence assez importante qui a considérablement renforcé la sécurité juridique des investisseurs par le biais de la mise en jeu de la responsabilité du pays d'accueil de l'investissement⁹⁹². La responsabilité de l'Etat pour action ou omission en matière de protection des investissements a été expressément reconnue et consacrée par les APPI signés par les pays d'Afrique de l'Ouest par l'expression « *compensation pour pertes* » sans discrimination aucune : « *1. Les investisseurs de l'une des Parties Contractantes dont les investissements placés sur le territoire de l'autre Partie Contractante auraient subi des pertes suite à un conflit armé, un état d'urgence, une mutinerie, un soulèvement ou des troubles survenus sur ce territoire, se verront accorder, en matière de compensation des pertes, un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux ou ceux de n'importe quel pays tiers.* »⁹⁹³. Les T.B.I. ont consacré la protection internationale des investissements entre partenaires ayant des niveaux de développement inégaux (généralement, un pays en développement ayant besoin de capitaux et un autre très avancé, industrialisé et soucieux de protéger ses entreprises et investissements) dans le cadre d'un modèle d'accord préétabli. Ceci est le contraire des pays d'Afrique de l'ouest. Ces derniers n'ont pas de modèle préétablie dans leurs politiques d'accueil et de protection des investissements.

3) L'absence de modèle africain de T.B.I. pour contrebalancer le déséquilibre

⁹⁹¹ Voir Leben (Ch.) « La Responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », AFDI 2004, Paris pp. 683-730 p.690 et s.

⁹⁹² Voir Gaillard (E) « La jurisprudence du CIRDI » Paris, éd. A. Pedone 2004

⁹⁹³ Voir article 4 de l'APPI entre la Guinée et le Liban signé à Sao-Paulo le 15 juin 2004. Quand on évoque cette responsabilité, on pense souvent implicitement à celle impliquant l'Etat signataire en développement et importateur de capitaux. Ce que le paragraphe 2 réfute en quelque sorte en établissant la responsabilité quelque soit le statut ou l'origine de l'investisseur entre les deux pays signataires : « *Les investisseurs de l'une des Parties Contractantes ayant subi, dans n'importe laquelle des situations susmentionnées, des pertes sur le territoire de l'autre Partie Contractante, résultant :*

- (I) *de la saisie, par les autorités de l'autre Partie Contractante, des biens leur appartenant,*
- (II) *de la destruction de biens leur appartenant par les autorités de l'autre Partie Contractante qui ne serait pas causé par les combats et n'aurait pas été imposée par la situation auront droit à une compensation correspondante. Les paiements au titre de ce qui précède seront effectués dans les délais convenus et seront librement transférables »*

436. Les APPI illustrent le renforcement et l'internationalité de la sécurité juridique des investisseurs et des investissements dans des environnements (comme ceux des pays d'Afrique de l'ouest) toujours perçus -à tort ou à raison- comme éminemment risqués. Les pays exportateurs de capitaux et les pays importateurs de capitaux signent de façon égalitaire et s'engagent à respecter les obligations établies. Mais la réalité est tout autre. En effet, les APPI révèlent que c'est chaque pays avancé qui a son modèle type, maquette ou prototype⁹⁹⁴ et quand il négocie et signe, il fera tout pour que ses normes et principes soient reconnus et lient l'autre partie signataire. Ainsi, parallèlement, le droit internationale des investissements consacre et confirme le déséquilibre existant entre partenaires et différents acteurs des investissements étrangers. Ces considérations justifient soit une élaboration à moyen ou long terme d'un modèle africain d'APPI ou bien dans l'immédiat ou à moyen terme, une revisite des principes et clauses contenus dans ces instruments bilatéraux.

437. En effet, vue les enjeux, les attentes légitimes et l'immensité des potentialités économiques ouest africaine, un modèle africain s'impose surtout en matière de « *clauses* » et de « *standard* » toujours perçus de façon unilatérale jusque là. Un exemple de ce nécessaire modèle est le traitement à la surface qui est réservé à la notion « d'investissement (sa protection et sa promotion) » qui doit être en conformité avec le droit local du pays d'accueil. En effet, dans les T.B.I. signés par les pays d'Afrique de l'ouest, il y est mentionné de façon laconique : « *Chacune des Parties Contractantes admet et encourage, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime* »⁹⁹⁵. L'exigence du respect du droit local est inscrit dans des dispositions internes- Codes des investissements- et concerne un ensemble de dispositifs législatifs et surtout réglementaires dont l'investisseur n'observe guère malgré les TBI : « *Imposer aux investisseurs étrangers de respecter le droit de l'Etat d'accueil ne devrait pas soulever de grande difficulté quant à l'identification de ce droit : il s'agit des lois et règlements applicables aux investissements étrangers, dans la forme qu'ils peuvent prendre au sein de chaque ordre juridique national. On pense à l'ensemble des réglementations internes susceptibles d'avoir pour objet les opérations économiques assumées par des opérateurs étrangers, comme par exemple les règles relatives aux autorisations administratives, aux licences ou aux contrats de concession. Cette*

⁹⁹⁴ « Ces conventions bilatérales sont des accords poursuivant un objectif global d'encouragement des investissements, qui tracent à cet effet « un cadre juridique de portée générale » qui » se ramène, dans tous les cas, au célèbre triptyque : traitement, protection, garantie » des investissements (v. Professeur P. Juillard, « Les conventions bilatérales d'investissement(...) », J.D.I., 1979, p.274 » l'auteur poursuit sur le caractère type, modélisé et national de ces APPI en soulignant que : « Ces conventions offrent la particularité de s'agencer en réseaux nationaux, chaque État possédant un modèle conventionnel qu'il impose systématiquement à ses différents partenaires, préférant parfois même rompre les négociations plutôt que d'accepter des compromis sur des points essentiels(v. M. Salem, « Le développement de la protection conventionnelle(...) », J.D.I., 1986 note 32 p.585. Cette modélisation conventionnelle permet de créer autour de chacun de ces États un maillage juridique relativement homogène, qui facilite son maniement par les investisseurs concernés. » Voir Mathias Forteau « Les Conventions bilatérales de promotion et de protection des investissements conclues par la France » pp.755-763 in « Droit de l'économie internationale » Sd de la Pradelle, H. Gherrari Ed. A. Pedone 2004 p.755

⁹⁹⁵ Voir article 3 de l'APPI signé à Paris le 27 février 1990 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale du Nigéria

simplicité n'est que façade, car plusieurs problèmes ont été soulevés par la pratique arbitrale »⁹⁹⁶.

438. Un modèle Africain de T.B. I. est justifié par la nécessité de donner une nouvelle dimension au volet « Promotion de l'investissement inscrit dans les TBI ». Il s'agit ici de sortir des phrases et expressions classiques et datées. Ce modèle de traité bilatéral d'investissement doit avoir un contenu, une feuille de route claire pour son application et une veille réglementaire sur les obligations conventionnelles afin d'accélérer la circulation des IDE entre partenaires bilatéraux. Dans cette perspective, il faut innover. En effet, comme les forces économiques et financières sont inégales entre pays signataires, il faut autoriser et mettre en place -en lui octroyant un statut- « les Très petits Investissements TPI-, c'est-à-dire la possibilité faite aux nationaux des deux pays- dans de nouveaux TBI- de démarrer des affaires avec de petits moyens tout en obtenant des appuis bancaires et des facilités juridiques et fiscales nécessaires.

439. L'insertion de telles, peuvent s'ajouter d'autres innovations : exploiter à fond les avantages comparatifs de chaque pays-au niveau fiscal et potentialités économiques-, reconnaître explicitement au pays d'Afrique de l'ouest à réglementer les activités économiques- de façon générales et sectorielles en temps normal, mais aussi en temps de crise économique et dans les situations d'urgence. Un tel modèle-doit ainsi démontrer - dans le contexte juridique et économique actuel marqué par une grande convoitise dont les pays d'Afrique de l'ouest font l'objet- que l'investissement n'est pas uniquement le fait de la stratégie des grandes Firmes transnationales, mais doit inclure d'autres catégories d'acteurs plus petits (personnes physiques et morales).

440. De la même manière, le volet Promotion doit inclure des pratiques telles que - l'Organisation de foires-de sensibilisation, de salons pour les ressources extractives, des rencontres et des visites régulières entre structures patronales, opérateurs économiques etc.- Ces « *néo* » modèles de TBI Africains doivent, établir un « haut niveau de protection globale ». Ils doivent revoir les « préambules bien plus ambitieux »- contrairement aux TBI actuels marqués par un *classicisme plat*⁹⁹⁷-en y intégrant la nécessité d'un partenariat global, stratégique et multiforme au plan économique, scientifique et technique. Il faut aussi,

⁹⁹⁶ Voir A. De Nanteuil « *La notion d'investissement protégé : L'exigence de conformité de l'investissement au droit local* » pp.31-59 in « *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la Proceduralisation du droit international de l'investissement* », Sd scientifique de A. DE Nanteuil –Paris Ed. A. Pedone p.43

⁹⁹⁷ C'est le point de vue exprimé par le rapporteur de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale française : « *Les accords signés avec la Guinée et avec le Kenya sont classiques et n'innovent en rien par rapport aux précédents conclus par la France. En ce sens, ils sont dans la teneur de la grande majorité des API, notamment en ce qui concerne leur volet promotion des investissements, en ce qu'ils ne comportent pas la moindre disposition permettant un encouragement concret des investissements étrangers, se limitant à exprimer que « chacune des Parties contractantes encourage et admet, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie sur son territoire. » Voir Assemblée Nationale de la République Française N°1411 13^e législature Rapport examinant le projet de Loi n°1136 autorisant l'approbation de l'APPI entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Kenya et le projet de Loi n°1137 autorisant l'approbation de l'APPI entre la République française et le Gouvernement de la République de Guinée* » enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 28 janvier 2009 document consultable : www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1411.pdf p.14

équilibrer la protection procédurale entre acteurs de l'investissement. La protection des investissements par les TBI consacre certaines pratiques, mais omettent un grand nombre de principes en matière de d'investissement.

B : Analyses de principales normes protectrices contenues et marquantes pour les pays d'Afrique de l'ouest dans leur TBI

Les APPI conclus par les pays d'Afrique de l'ouest reconnaissent le principe de nationalisation (1), avec des normes ou conditionnalités juridiques exigées pour son exercice (2). Ces traités sont assez marqués par l'octroi d'avantages et de principes importants surtout quant on sait-par euphémisme- que les investisseurs se situent principalement dans les pays exportateurs de capitaux (3).

1) La reconnaissance du droit de nationalisation d'entreprises pour les États parties

441. La nationalisation/expropriation est un attribut de souveraineté pour tout sujet de droit international. Par conséquent, l'Etat a le droit souverain de nationaliser un investissement ou une entreprise étrangère établie sur son territoire. Cette pratique est reconnue dans son principe par les textes internationaux⁹⁹⁸. Même s'il est aujourd'hui, une pratique obsolète, repoussoir et considérée comme ringarde, il faut dire que les règles du droit international public la reconnaissent et laissent en la matière une liberté de choix aux États quant à ses pratiques. Jadis, dans les années 70-80, une pratique des pays en développement voulant « indigéniser » leurs économies et l'affranchir de la domination coloniale, la nationalisation a été pratiquée en France aussi un pays développé, avancé et considéré comme ayant un environnement juridique sûr et prévisible⁹⁹⁹.

442. Tant les principes de la soft law¹⁰⁰⁰, que les Codes des investissements des pays d'Afrique de l'ouest¹⁰⁰¹, que le droit international de la protection conventionnelle

⁹⁹⁸ Voir les Résolutions des Nations décembre 1962 « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles » Voir Supra

⁹⁹⁹ 1981 la victoire de la gauche (Parti Socialiste et alliés) à l'élection présidentielle ouvre la voie aux nationalisations des grandes entreprises et des banques par la loi n°82-155 du 11 février 1982 de nationalisation. Le juge constitutionnel français réaffirme en cette occasion la légalité et la légitimité des mesures de nationalisation tout en soulignant la nécessité de les combiner avec le droit de propriété garantie par la Constitution. Le CC censure une partie de la Loi portant nationalisation des entreprises et des grandes banques, décide dans l'article 1 : « *Sont déclarés non conformes à la constitution les dispositions des articles 4, 6, 16, 18, 30 et 32 de la loi de nationalisation, ainsi que celles énoncées, à l'article 13-I, par les mots : « les banques dont la majorité du capital social appartient directement ou indirectement à des sociétés de caractère mutualiste ou coopératif »* » voir www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con.decision-n-81-132-dec-du-16-janvier-1982.7986.html

¹⁰⁰⁰ Elle est énumérée ici par les « Principes directeurs » : « 1. Un État ne peut exproprier un investissement privé étranger ou s'en approprier autrement la totalité ou une partie, ou prendre des mesures qui ont des effets similaires, si ce n'est conformément aux procédures juridiques en vigueur, quand il poursuit de bonne foi un but d'utilité publique, sans faire de discrimination fondée sur la nationalité et moyennant le paiement d'une indemnisation appropriée » voir « Les principes directeurs pour le traitement de l'investissement étranger », Banque Mondiale, 21 septembre 1992 Partie IV « Expropriation et modification ou résiliation unilatérales des contrats »

bilatérale¹⁰⁰², le reconnaissent explicitement, mais de façon tout à fait ambiguë et sujette à caution. En effet, - voulant prioritairement créer un environnement juridique propice en matière de protection et de traitement,- les Traités bilatéraux de protections évoquent avant tout et en premier lieu le principe de l'interdiction avant d'évoquer une timide possibilité- à fin pour l'Etat d'accueil d'y procéder : *« Aucune des parties contractantes ne prendra des mesures de nationalisation ou d'expropriation ou autre mesure ayant le même caractère ou effet à l'encontre d'investissements sur son territoire appartenant aux investisseurs de l'autre Partie contractante, si ce n'est pour des raisons d'utilité publique, sur une base non discriminatoire et selon une procédure légale »*¹⁰⁰³. La reconnaissance du droit à la nationalisation est inscrite dans toutes les Conventions bilatérales à travers les modèles types et les traités signés¹⁰⁰⁴. L'expropriation d'investissement fait l'objet d'une reconnaissance au plan juridique, mais le contexte économique et financier international actuel (marqué par une compétition sans précédent entre les États en développement et même entre les États développés eux-mêmes) dissuade de telle pratique, dans la mesure où sa pratique peut dégrader considérablement l'environnement des affaires, faire fuir les investisseurs et expose l'Etat pratiquant à des poursuites arbitrales internationales¹⁰⁰⁵. L'effectivité de la pratique requiert des conditionnalités juridiques appropriées en vue de sa matérialisation.

2) Les conditionnalités juridiques pour son exercice

Elles légitiment la pratique de la nationalisation expropriation (a), et en même temps, il y a difficulté voire des impuissances aux phénomènes des expropriations implicites ou indirectes (b).

¹⁰⁰¹ Comme le Code du Niger qui dispose(en prenant toutes les précautions liées à la prudence pour rassurer les investisseurs potentiels : *« L'entreprise est garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition sur toute l'étendue du territoire national, sauf pour cause d'utilité publique. Le cas échéant, l'entreprise bénéficiera d'une juste et préalable indemnisation »* voir article 6 de la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger

¹⁰⁰² Le TBI signé entre l'Algérie et le Nigéria la résume ainsi : *« 1- Les investissements réalisés par les investisseurs de chacune des parties contractantes ne devraient pas être nationalisés ou expropriés ou soumis à des mesures entraînant des effets équivalents à une nationalisation ou une expropriation... sur le territoire de l'autre partie contractante, sauf pour utilité publique, selon une procédure légale, sur une base non-discriminatoire et contre un paiement d'une compensation prompte, adéquate et équitable... »* Voir article 6 de l'APPI entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République fédérale du Nigéria signé à Abuja, le 14 janvier 2002, Journal Officiel de la République algérienne n°16 du 8 mars 2003 5 Moharram 1424

¹⁰⁰³ Voir article 5 « expropriations » de l'APPI entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement de la République Arabe d'Egypte, signé, à Dakar, le 05 mars 1998

¹⁰⁰⁴ *« Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que des mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier. »* Voir les « clauses types » des principales dispositions des accords de protection et d'encouragement réciproques des investissements de la France cité par H. Ghérari *« Droit international économique 2. Le système monétaire international public, l'investissement étranger »* Documents d'études n°3.12 La Documentation française 2013, p.39

¹⁰⁰⁵ C'est le cas quand l'un des plaignants (l'entreprise étrangère) n'est pas satisfait du montant des calculs Voir CIRDI *Antoine Goetz et autres c. Burundi* n° ARB/95/3 sentence du 10 février 1999 et réouverte par une nouvelle requête de l'investisseur étranger enregistrée le 27 mars 2001 ARB/01/2

**a- Les conditions juridiques légitimant une mesure de
dépossession directe d'investissement et d'indemnisation.**

443. La nationalisation d'investissement est le corollaire de la souveraineté de l'Etat qui relève du domaine législatif. Elle obéit (sous peine de discrimination envers les investisseurs d'un/ des pays) à des principes strictes prévus et consacrés par le droit international. Autrement dit, l'expropriation doit être régulière conformément à la loi en vigueur, non-discriminatoire et accompagné d'une indemnisation prompte et intégrale (y compris les intérêts jusqu'au paiement du montant réel¹⁰⁰⁶. Le principe de l'indemnité est consacré théoriquement par les textes internationaux bilatéraux signés par les pays d'Afrique de l'ouest. L'Accord entre le Canada et le Nigéria le mentionne les caractéristiques de l'indemnité : « 1. *L'indemnité mentionne au paragraphe 1 est équivalente à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant son expropriation (« date d'expropriation »), et elle ne tient compte d'aucun changement de valeur dû au fait que l'expropriation prévue était connue d'avance. Les critères d'évaluation comprennent la valeur d'exploitation, la valeur de l'actif, y compris la valeur fiscale déclarée des biens corporels, et tout autre critère pertinent permettant de déterminer la juste valeur marchande. 3. L'indemnité est versée promptement, elle est effectivement réalisable et librement transférable. L'indemnité est versée dans une monnaie librement convertible et inclut les intérêts calculés à un taux commercial raisonnable pour cette monnaie, accumulés entre la date d'expropriation et la date du versement de l'indemnité. 4. L'investisseur concerné a le droit, conformément au droit de la Partie qui procède à l'expropriation, à une prompte révision de son dossier ainsi qu'à une évaluation de son investissement par une autorité judiciaire ou toute autre autorité indépendante de cette Partie, selon les principes énoncés dans le présent article »*¹⁰⁰⁷.

444. Cette condition des nationalisations d'investissements est la partie la plus difficile d'évaluation du point de vue pratique. En effet, si l'indemnisation et ses modalités pratiques sont toujours prévues et consacrées par les textes internationaux¹⁰⁰⁸, il faut dire que dans la

¹⁰⁰⁶ Voir CIRDI affaire MMS c. République Centrafricaine°ARB/07/10, sentence du 12 mai 2011

¹⁰⁰⁷ Voir article 10 de « l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers Canada-Nigéria » signé le 5 mai, 2004 à Abuja au Nigéria

¹⁰⁰⁸ Notamment les « principes directeurs de la Banque Mondiale pour le traitement de l'investissement étranger » qui stipule de façon claire et succincte que l'indemnisation sera réputée « appropriée si elle est adéquate, effective et rapide(2). L'indemnisation sera réputée adéquate si elle est fondée sur la juste valeur marchande de l'actif exproprié telle que celle-ci est déterminée juste avant l'expropriation(3). La détermination de la juste valeur marchande sera acceptable si elle faite selon une méthode agréée par l'Etat et l'investisseur étranger ». Il faut dire qu'en la matière, il est extrêmement difficile de satisfaire et compenser un préjudice financier et moral du à une expropriation d'actifs, c'est la raison pour laquelle, l'instrument de la BM prévoit un triple concept pour compenser la valeur réelle de l'expropriation. Il s'agit de la : «- Valeur de liquidation » qui est la différence entre le prix qu'un acheteur serait disposé à payer pour les différents actifs de l'entreprise ou pour l'ensemble et le passif ; - « Valeur de remplacement » est le prix qu'il faudrait payer pour remplacer les actifs de l'entreprise dans l'entreprise dans l'état où ils se trouvent à la date de l'expropriation ; - « Valeur comptable » est la différence entre l'actif et le passif de l'entreprise telle qu'elle ressort de ses états financiers, ou encore la valeur des actifs corporels expropriés inscrite au bilan de l'entreprise, c'est-à-dire leur coût déduction faite suivant les règles comptables généralement admises, de l'amortissement cumulé » Voir Principes

pratique réelle, les situations de règlement post expropriation est compliquée du fait des difficultés à déterminer exactement la valeur réelle de l'indemnisation¹⁰⁰⁹. Certains textes consacrent le principe de l'indemnisation à priori avant l'effectivité et l'officialisation de la mesure d'expropriation : « *L'indemnité doit correspondre à la valeur qu'avait l'investissement exproprié immédiatement avant la date à laquelle l'expropriation, la nationalisation ou la mesure semblable, effectives ou imminentes, ont été rendues publiques. L'indemnité doit être versée sans délai et produire, jusqu'à la date du versement, des intérêts calculés au taux bancaire usuel ; elle doit être effectivement réalisable et librement transférable.* »¹⁰¹⁰. La pratique des exportations d'investissements en Afrique et généralement dans les pays en développement montre que les acteurs ne sont pas toujours en phase et sur la même longueur d'onde quant il s'agit d'exproprier/ indemniser¹⁰¹¹. Par ailleurs, les principes - qui traditionnellement ont justifié les pratiques de nationalisation- deviennent impuissants face aux caractères implicites des expropriations.

b- Les principes juridiques impuissants face aux phénomènes des expropriations implicites

445. La nationalisation ne revêt plus l'aspect qu'elle avait dans le passé. Elle consistait en une pratique souveraine de transfert de propriété vers l'Etat, prise par les autorités politiques suprêmes et déclarée par l'Assemblée nationale à la suite d'une révolution, d'une guerre d'indépendance et la prise du pouvoir non constitutionnelle (coup d'état militaire) ou même constitutionnel -un gouvernement progressiste prenne le pouvoir à la suite d'élections démocratiques-. Ce phénomène de nationalisation populaire- jadis très pratiquée dans le Tiers-monde contre les entreprises des pays développés- a vécu et n'est plus pratiqué. Actuellement, les mesures étatiques ne sont plus explicites, mais implicites et difficiles à déceler.

446. En effet, un État peut autoriser, agréer et octroyer des avantages à un/des investisseur(s) étranger(s) tout en le dépossédant de ses actifs progressivement. Ainsi, certaines mesures, décisions, actions, omissions et pratiques étatiques peuvent être assimilées

directeurs BM, 21 septembre 1992 , AFDI 1992 Partie IV « Expropriation et modifications ou résiliation unilatérales des contrats » partie IV

¹⁰⁰⁹ Voir sur cette question la difficulté des juristes face à l'expertise financière et économique analysée par l'auteur Stoppioni : « *Les juristes sont souvent réticents à s'intéresser à un point aussi technique que celui représenté par le calcul de l'indemnisation. Sur le fondement de l'adage iudex non claculat, les juridictions internationales ont souvent tendance à renvoyer aux expertises économiques un tel problème, présentant pourtant des implications juridiques majeures.* » Pour cet auteur il y a les méthodes d'évaluation de la valeur de marché de l'investissement qui consiste à se fonder sur : « *1^{er} sur les couts et des gains recherchant la valeur comptable de l'investissement. L'autre méthode 2^e, c'est celle très répandue qui consiste en une estimation des gains futurs potentiels, à laquelle il est ensuite appliqué un « discount rate » reflétant le cout du capital et du risque* » La deuxième méthode d'évaluation est « *fondée sur le calcul des expropriations en cas de la violation des « nouveaux » standards comme le traitement juste et équitable et le traitement national* » voir E. Stoppioni « *La réparation dans le contentieux international de l'investissement Contribution à l'étude de la restitutio in integrum* » Perspectives internationales n°35 IREDIES Paris 1 Ed. A. Pedone, 2014 p.91 et s. l'article de RBDI

¹⁰¹⁰ Voir article 5 al.2 de l'Accord entre la R2publique d'Allemagne et la République de Guinée signé à Berlin du 8/11/2006

¹⁰¹¹ Voir *Siemens A.G. c. République d'Argentine ; Affaire CIRDI n°ARB/02/8*, sentence du 17 juin 2007

à des pratiques d'expropriation comme : un redressement fiscal record à cet effet payable immédiatement, les réglementations surprises venant rendre l'économie d'un contrat impossible, les réglementations surprises sur le plan environnementale, la pression psychologique faite sur un investisseur étranger de céder une partie de son capital, l'exigence de renégociation du capital d'une société détenue majoritairement par un/des investisseur(s) étranger(s) ou injonction faite à un investisseur étranger de procéder à un transfert ou une ouverture d'une partie du capital de la société/filiale à un partenaire local sans son consentement.

447. Les expropriations de faite d'un investissement étranger ou les pratiques équivalentes¹⁰¹² sont devenues ainsi bien difficiles à déceler dans les pratiques gouvernementales de certains pays d'accueil que les APPI les prévoient et exigent une indemnisation en bonne et due forme au même titre que les expropriations régulières et licites : « *Aucune Partie ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé, directement ou indirectement au moyen de mesures ayant un effet équivalent à celui d'une nationalisation ou d'une expropriation..., si ce n'est dans l'intérêt public et à condition que cette expropriation soit conforme au principe de l'application régulière de la loi, qu'elle soit appliquée de façon non discriminatoire et qu'elle s'accompagne du versement d'une indemnité* »¹⁰¹³. De même que la jurisprudence arbitrale a été d'un grand secours au profit de l'investisseur victimes des mesures équivalentes en matière d'expropriation d'investissement¹⁰¹⁴, elle l'a été parfois pour des États ayant pris des mesures de réglementation et de politiques publiques¹⁰¹⁵. La difficulté de la pratique des « *creeping expropriation* », c'est que l'Etat (de par ses agissements) parvient à déposséder un investisseur de ses actifs sans qu'il y ait de trace. C'est-à-dire le résultat final aboutit à une dépossession complète ou en partie de l'investisseur sur son investissement. Arnaud de Nanteuil le résume ainsi : « *La notion d'expropriation « rampante » (creeping expropriation), que l'on rencontre régulièrement, intègre également cette idée : elle correspond en effet à une situation dans laquelle une série d'actes imputables à l'Etat, dont aucun n'est en soi suffisant*

¹⁰¹² Voir Manciaux S. « Les mesures équivalentes à une expropriation dans l'arbitrage international relatif aux investissements » pp.73-106 in « *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre* » publié à Paris éd. A. Pedone 2007

¹⁰¹³ Voir article 10 de l'*APPI Canada-Nigéria* du 5 mai, 2014, à Abuja au Nigéria

¹⁰¹⁴ *CIRDI Goetz c. Burundi aff. N°ARB/95/3 Sentence du 10 février 1990* ; voir *Total S.A. c. Argentine, CIRDI aff. n°ARB/04/1*, sentence du 27 décembre 2010 ; voir *CIRDI Tradex Hellos c. Albanie aff. N°ARB/94/2* sentence du 29 avril 1999 ; voir *CIRDI Tenaris S.A and Talta-trading E. Marketing sociedad Unipessoal LDA V. Bolivarian Republic of Venezuela aff. N°ARB/11/26* sentence du 29 janvier 2016

¹⁰¹⁵ Comme dans l'affaire *Philip Morris c. Australie* où les « demandes de Philip Morris contre l'Australie afin d'obtenir une indemnisation ont été rejetées parce que l'entreprise avait frauduleusement tenté de se placer sous la protection d'un T.B.I. (sentence du 17 décembre 2015 dans l'affaire PCA n°2012-12), contre l'Uruguay, au motif que les restrictions générales à l'usage d'une marque dans un but de protection de la santé publique ne constituent pas une expropriation ou, en l'espèce, une violation du traitement juste et équitable garanti par le TBI applicable (sentence du 8 juillet 2016 dans l'affaire CIRDI n°ARB/10/07). Voir Benjamin Remy Chroniques CIRDI 1. *Chroniques des sentences arbitrales*, JDI Janvier-Février – Mars 2017 pp.216-297 p.220

*pour constituer une dépossession, a pour effet de priver le propriétaire de l'essentiel de ses droits »*¹⁰¹⁶.

448. Dans certains pays receveurs de capitaux, la nationalisation implicite peut venir soit d'une action ou omission de la part des autorités d'accueil et aboutissant de faite à l'expropriation, soit à la suite d'une clameur populaire de la part d'ONG ou d'activistes sociales, l'Etat d'accueil décide unilatéralement de sanctionner sévèrement l'administration à travers l'imposition de normes sociales et environnementales draconiennes et accompagnée du paiement d'impôt ou de taxe record(confiscatoire) au point que l'investisseur se trouve dans l'impossibilité de continuer ses activités¹⁰¹⁷. La protection de l'investissement étranger réciproque prévu par les Traités bilatéraux, c'est la part faible inexistante réservée aux questions et préoccupations environnementales et sociales. De même un aspect déterminant semble affecter l'équilibre du droit international contemporain des investissements, c'est l'unilatéralité des principes standards en faveur la plupart du temps des seuls investisseurs au détriment des États d'accueil.

3) L'unilatéralité en matière de standards de non-discrimination

Elles concernent le standard principal qui accorde une surprotection en faveur des investisseurs étrangers (a) ; le standard principal qui est synonyme d'entrave à la capacité réglementaire de l'Etat (b) et la nécessité d'un standard englobant pour une protection des acteurs (c).

a- La standardisation principale : une surprotection en faveur de l'investisseur ?

449. Le droit international- dans les différents régimes de protection qu'il instaure au niveau national, bilatéral et international- est surtout marqué par la protection substantielle accordée à l'investisseur étranger au détriment -d'une certaine manière- des pays en développement traditionnellement importateurs de capitaux comme ceux d'Afrique de l'ouest. Liant ce problème du double standard de protection des TBI, Thomas soutient que : « *Les T.B.I. ont principalement pour but de protéger les investisseurs des pays développés dans les pays en voie de développement ou actuellement en transition. Mais pour être acceptable politiquement, leurs dispositions sont formulées come des obligations réciproques, bien que pour l'instant et dans la plupart des situations, il y ait peu d'investissement de la part de pays principalement d'accueil dans les États traditionnellement d'origine des investisseurs.* »¹⁰¹⁸. Cette surprotection dont bénéficie l'investisseur étranger de la part des APPI signés par les

¹⁰¹⁶ Voir (A. de Nanteuil « *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement* », Paris Ed. A. Pedone 2014 p. 61

¹⁰¹⁷ Voir Thomas Walde « *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie* », éd. A.Pedone, 2004p.26

¹⁰¹⁸ Voir (Th.) Walde « *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie* » Cours et travaux n°2 Université Panthéon-Assas Paris II IHEI, Ed. A. Pedone 2004 p. 45 et s.

pays en développement et ouest africains en particulier est interprétée par la doctrine internationaliste comme « *une opération de récupération* »¹⁰¹⁹.

450. Autrement dit, la super protection par le biais des APPI signés par les pays d'Afrique de l'ouest est illustré par deux notions dans la protection dite réciproque des investissements : il s'agit du principe de libre transférabilité des capitaux et des bénéfices (sans conditionnalité et sous réserve de la régularité fiscales), et de la notion de risque et de pertes à indemniser. Le T.B.I. conclu entre le Sénégal et l'Italie consacre expressément ces pratiques. Ainsi pour le rapatriement des bénéfices, le dispositif affirme : « *1. Chacune des Parties Contractantes assurera que l'investisseur de l'autre Partie pourra transférer à l'étranger, sans retard injustifié et dans toute devise convertible : a) le capital et le capital additionnel y compris les revenus réinvestis, utilisés pour l'entretien et l'accroissement des investissements ; b) le revenus net, les dividendes, les royalties, les paiements pour l'assistance et les services techniques, les intérêts et autres profits ; c) la valeur rapportée par la vente totale ou partielle ou par la liquidation totale ou partielle d'un investissement ; d) les fonds destinés à rembourser des emprunts inhérents à un investissement et les paiements des intérêts relatifs ; e) la rétribution et les indemnités payées aux ressortissants de l'autre Partie Contractante pour le travail et les prestations effectuées sur son territoire, selon le montant et les modalités prescrites par la législation et les règlements en vigueur.* »¹⁰²⁰.

451. Ce volet lié au rapatriement des bénéfices et autres dividendes montre l'unilatéralité de la protection en faveur souvent de l'investisseur. Il montre aussi la protection non globale de l'investissement étranger qui aboutit souvent à des instabilités des rapports d'affaires dont les deux parties finalement en pâtissent. De même, la surprotection dont bénéficie l'investisseur peut être le fait de l'Etat d'accueil de l'investissement qui- pour rendre son environnement attractif juridiquement- décide d'octroyer beaucoup d'avantages en vertu du T.B.I. ; elle peut être aussi le fait d'Etat exportateur de capitaux qui- pour sécuriser davantage juridiquement leurs investisseurs à l'étranger- reconnaît la notion « *d'engagement spécifique* ». C'est le cas des APPI signés par la France qui reconnaissent ces genres d'investissement-tels les conventions d'établissement- bénéficiant d'un traitement particulier nonobstant et sans préjudice des dispositions de l'Accord : « *Les investissements ayant fait l'objet d'un engagement particulier de l'une des Parties contractantes à l'égard des investisseurs de l'autre Partie sont régis, sans préjudice des dispositions du présent accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorable que celle prévue par le présent accord.* »¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ C'est le point de vue défendu par l'auteur Charles Leben qui souligne ainsi : « *Les TBI vont constituer une opération de récupération (on pourrait dire réanimation) de ces règles(ou de règles voisines) par le biais des engagements bilatéraux conclus par les États d'accueil de l'investissement (et tout particulièrement par les pays en développement). Autrement dit, ce qui avait été répudié par les pays en développement dans les instances multilatérales (on peut citer encore, le projet jamais achevé de code de conduite pour les sociétés transnationales), sera accordé dans le cadre des relations bilatérales* » Voir Ch. Leben ibid op cit. p. 138

¹⁰²⁰ Voir article 6 de l'APPI entre le Gouvernement de la République Italienne et le Gouvernement de la République du Sénégal fait à Dakar le 13 octobre 2000.

¹⁰²¹ Voir article 10 de l'APPI entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal fait à Dakar, le 26 juillet 2007

452. La notion de risque aussi, dans le régime conventionnel de protection des investissements instauré par les APPI des pays de l'Afrique de l'ouest, démontre -au-delà de la réciprocité inscrite dans le texte conventionnel- que les pays d'accueil de l'investissement, généralement dans le besoin en matière de capitaux, supportent souvent les « compensations pour pertes » ce qui est une lourde responsabilité quant on sait que les crises peuvent survenir indépendamment de l'Etat et de l'administration. Concrètement, les pratiques dommageables sur les activités des investisseurs ne sont pas dues parfois à l'action ou l'omission de l'Etat d'accueil. La notion de dommage causé à l'investissement est conçue dans le texte conventionnel de façon unilatérale et non dans sa globalité, alors qu'il peut être à l'origine de l'Etat(le cas souvent) soit à l'origine de l'investisseur (cas rarissime). L'APPI entre la Guinée et l'Allemagne le consacre expressément¹⁰²². Le corolaire de l'extrême sécurisation des investisseurs et de l'investissement étranger c'est qu'elle peut aboutir aboutit à entraver la capacité de réglementation des pays d'accueil de l'investissement ?

b- La standardisation principielle : une entrave à la capacité de réglementation de l'Etat ?

453. La protection internationale des investissements étrangers a connu une évolution au grand bénéfice de l'investisseur étranger. Initialement, c'est l'investisseur étranger qui avait le statut victimaire, d'une part au plan procédural par le risque du -refus d'une requête unilatérale de saisine d'arbitrage, de voie de recours interne hypothétique et surtout de protection diplomatique sollicitée et aléatoire, et d'autre part,- au plan substantielle par l'octroi limité d'avantages, de facilités et de garantie dans un contexte marqué par la discrimination .Dans le contexte actuel, la donne a considérablement changé et les rapports de force avec. En effet, l'investisseur étranger jouit désormais d'une double protection à la fois procédurale et substantielle consacrée dans les textes conventionnels bilatéraux, procédurale. Parce qu'à travers une requête unilatérale, il peut provoquer le déclenchement d'une procédure arbitrale engageant la responsabilité de l'Etat pour une action ou omission entravant son investissement¹⁰²³ ; substantielle- par ce qu'il y a une inversion majeure des

¹⁰²² « Les investisseurs d'un État contractant dont les investissements auraient subi des pertes par l'effet d'une guerre ou d'un autre conflit armé, d'une révolution, d'un État d'urgence national ou d'une émeute sur le territoire de l'autre État contractant bénéficient de la part de ce dernier, en ce qui concerne les restitutions, indemnités, compensations ou autres contreparties, d'un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui accordé à ses propres investisseurs. De tels versements doivent être librement transférables » Voir « *APPI entre L'Allemagne et la Guinée* » fait à Berlin le 8/11/2006

¹⁰²³ La responsabilité engageant l'Etat d'accueil vis-à-vis de l'investisseur étranger peut revêtir différents aspects : « *rupture unilatérale de contrat de concession du Terminal du Port de Conakry* » *Getma c. Etat de Guinée CIRDI Affaire. N° 0007/2012 ARB/17/07 Sentence du 22 mai 2014* ; Dans les affaires intentées au CIRDI contre les pays africains, la responsabilité pour rupture abusive et unilatérale de contrat revient toujours :(voir notamment *SOABI c. République du Sénégal CIRDI aff. N° ARB/82/1*, Sentence du 25 février 1988. « *Résiliation unilatérale d'une convention de concession de distribution et de vente d'énergie électrique signé les deux parties le 5 septembre 2000* » ; Voir *Electricité du Togo et GDF Suez c. République togolaise CIRDI aff. N° ARB/06/07* Sentence du 10 août 2010 condamnant l'Etat du Togo Elle peut aussi prendre l'aspect d'une « *expropriation implicite d'investissement* » voir CIRDI *Antoine Goetz et autres c. Burundi aff. N° ARB/95/3* Sentence du 10 février 1990. Voir une analyse de doctrine approfondie Sabrina R-Cuendet, « *Droits de l'investisseur et protection de l'environnement. Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte* », éd. Leiden, Martinus

rôles qui a abouti à l'octroie de principes surprotégeant l'investisseur étranger au détriment de/des l'Etat(s) réduit (s) à une concurrence farouche pour accueillir les IDE au détriment souvent de leur capacité de réglementation souveraine. L'Etat se trouve être interdit de certaines pratiques réglementaires comme les prescriptions de résultat ou «*Performance Réquieement*» : L'APPI Canada-Nigéria les proscriit formellement en ces termes : «*1. Aucune Partie ne peut imposer les prescriptions suivantes en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation, sur son territoire, d'un investissement visé ou de tout autre investissement : a) exporter une quantité ou un pourcentage donné d'un produit ou d'un service ; b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ; c) acheter, utiliser ou privilégier un produit qui est produit sur son territoire ou un service qui y est fourni, ou acheter un produit ou un service à une personne qui se trouve sur son territoire d) lier le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou au montant des entrées de devises associées à l'investissement ; e) restreindre, sur son territoire, la vente d'un produit ou d'un service que l'investissement permet de produire ou de fournir, en liant cette vente au volume ou à la valeur de ses exportations ou à ses recettes en devises ; f) transférer une technologie, un procédé de fabrication ou un autre savoir faire exclusif à une personne qui se trouve sur son territoire ; g) fournir en exclusivité à partir de son territoire à un marché régional ou mondial un produit que l'investissement permet de produire ou un service qu'il permet de fournir*»¹⁰²⁴.

454. La réduction au droit et à la capacité de réglementer de l'Etat est due- d'une certaine manière- à des considérations philosophico-économiques du néolibéralisme qui considère que toute intervention de(s) l'Etat(s) dans l'activité économique(réglementation, monopole et expropriation même si c'est légitime) est une rupture d'égalité entre acteurs et faussant par conséquent la libre concurrence : «*La dogmatique libérale n'amène à considérer toute entrave à la liberté de l'initiative économique privée comme une atteinte aux droits de l'investisseur susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat hôte, il était clair que la protection découlant des accords d'investissement visait uniquement à faire rempart contre les comportement anormaux de l'Etat* »¹⁰²⁵

455. Les États n'usent plus-pour des raisons d'attractivité objective- de leur capacité de réglementation pour réguler davantage des pratiques, -tels que les rapatriements libres de bénéfices, la précaution environnementale et la compétence partagée, sur certains aspects, des juridictions internes et la procédure d'arbitrage pour le règlement des différends,- n'ont plus de cours, au risque-pour l'Etat/les États d'accueil d'être implicitement marginalisé(s). Du point de vue souverain, cette entrave à la capacité réglementaire n'est pas interdite

Nijhoff publ., 2010, voir Ch. Leben, «*La responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements* », AFDI 2004, p. 680 et s.

¹⁰²⁴ Voir article 9 al1 «*Prescriptions de résultats* » de «*l'APPI entre le Canada et le Nigéria* » fait à Abuja (Nigéria) le 5 mai 2014

¹⁰²⁵ Voir Sabrina R- Cuendet «*Crise ou renouveau du droit des investissements étrangers Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investissements étrangers* », RGDIIP Tome 120 n°3 2016 pp.545-578 p.565

juridiquement et rien n'empêche l'Etat d'accueil de l'investissement d'y recourir, mais de fait, ce dernier en use rarement de peur de dégrader l'environnement juridique des investissements.

456. La jurisprudence arbitrale témoigne de l'entrave à la capacité réglementaire de l'Etat qui se manifeste aussi de différentes manières sur le plan social et environnemental¹⁰²⁶, en cas de grave crise économique¹⁰²⁷, les pratiques relatives à la discrimination¹⁰²⁸ et la qualification juridique que requièrent la notion d'investissement¹⁰²⁹ et la *clausification et la standardisation* de la protection de l'investissement¹⁰³⁰. On peut dire que cette capacité de réglementation est plus entravée implicitement qu'explicitement. En effet, l'Etat dispose d'une prérogative d'accepter ou de refuser l'accès d'un investissement sur son territoire. De ce point de vue, et comme précédemment examiné, il a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou le refus d'autoriser l'implantation ou l'agrément d'un investissement. Cependant, cette souveraineté réglementaire qui existe en bonne et due forme n'est jamais ou très rarement exercée. Son exercice complet risque d'aboutir à un isolement complet de la part d'Etat(s) qui le pratique(nt). L'isolement risque non seulement de se produire au cas où l'Etat use de ses prérogatives régaliennes sur le plan réglementaire, ce qui peut causer une rupture avec les pratiques internationalement admises en matière d'accueil, de traitement et de protection des investissements étrangers. C'est la raison pour laquelle, si en amont, l'Etat d'accueil de l'investissement possède une souveraineté pleine et entière de réglementer son environnement juridique interne, l'aval révèle un exercice limité de la souveraineté par crainte de l'isolement. Catherine Titi parle à ce propos de l'articulation des clauses de stabilisation avec le pouvoir de l'Etat de légiférer en matière de santé, sécurité, travail et de protection de l'environnement en citant le Représentant spécial du Secrétaire des Nations-Unies chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises : « *L'expérience récente*

¹⁰²⁶ CIRDI, *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products SA et ABAL Hermanos S.A c. Uruguay*, ARB/10/7, décision sur la compétence du 2 juillet 2013

¹⁰²⁷ Cela fait référence aux nombreuses « affaires argentines » faisant l'objet de procédures au CIRDI où quand la volonté des pouvoirs publics locaux de réglementer réajuster l'économie pour mieux lutter contre la crise économique heurte les « intérêts et attentes légitimes fondamentaux des investisseurs étrangers », voir les nombreuses Sentences au CIRDI : *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentine*, aff. N°ARB/03/10, décision sur la compétence du 10 juin 2005 ; *CIRDI Suez c. Argentine*, aff. ARB/03/17, décision sur la compétence du 16 mai 2006 ; *CIRDI Telefonica S.A c. Argentine*, aff. N°ARB/3/20, décision sur la compétence du 25 mai 2006 ; *CIRDI Siemens A.G. c. Argentine*, aff. n°ARB/02/8, décision sur la compétence du 3 août 2004 ; *CIRDI Wintershall Altiengesellschaft c. Argentine*, aff. N°ARB/04/14, sentence du 08 décembre 2008 ; *CIRDI Impreglio SpA c. Argentine*, aff. n°ARB/07/17, sentence du 21 juin 2011 ; *CIRDI ICS Limited c. Argentine*, PCA aff. N°ARB/2010/-9, décision sur la compétence du 12 février 2012 ; *CIRDI Daimler Financial Services AG c. Argentine*, aff. N°ARB/05/1, sentence du 22 août 2012, voir Bachand ®, « Les affaires arbitrales internationales concernant l'Argentine : enjeux pour la nouvelle gouvernance globale », RGDIP, 2010-2, pp.281-317

¹⁰²⁸ Voir CIRDI, *Metalclad Corporation c. Mexique*, aff. n°ARB/96/1 décision du 30 août 2000

¹⁰²⁹ Concept qui a toujours fait l'objet de controverses multiples. L'arbitrage institutionnel international l'a toujours considéré comme « un apport, avec une certaine durée et une participation au risque de l'opération envisagée plus un dernier critère qui est la « participation au développement économique de l'Etat d'accueil » Voir CIRDI, *Salini Costruttori S.p.A et Italstrade S.p.A c. Royaume du Maroc*, aff. N° ARB/00/4 décision sur la compétence du 23 juillet 2001. A la suite de cette « classique jurisprudentielle » le Tribunal a par la suite procéder beaucoup de revirements jurisprudentiels au point que le concept devient « une élastique de plus en plus floue », voir CIRDI *Biwater Gauff LTD c. République de Tanzanie*, aff n° ARB/05/22 sentence du 24 juillet 2008 voir CIRDI *Malysian Historical Salvors SDN, BHD c. Malaisie*, aff. N°ARB/05/10, décision sur l'annulation du 16 avril 2009

¹⁰³⁰ Voir RGDIP dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements » Tome 119 2015 n°1 pp.19-25, pp.48-55

*montre(...) que certains(...) dispositions contractuelles peuvent limiter de façon indue l'aptitude du pays hôte à réaliser ses objectifs légitimes de politique publique, y compris le respect de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Usant de la menace d'un recours à l'arbitrage international contraignant, un investisseur étranger peut en effet parvenir à mettre son entreprise à l'abri de lois ou de règles nouvelles, ou chercher à obtenir du Gouvernement une contrepartie s'il accepte de s'y plier »*¹⁰³¹ Le volet contractuel des pratiques d'investissements illustre le pouvoir législatif et réglementaire considérablement amoindrie des pays en développement notamment ceux d'Afrique de l'ouest. Le déséquilibre actuel du droit international des investissements nécessite un rééquilibrage des standards en faveur d'une protection plus équilibrée des pays de la sous région et des investisseurs étrangers.

c- La nécessité de standardisation englobant de protection entre acteurs

457. De toutes les branches du droit international public, le droit des investissements étrangers est sans doute la branche la plus intéressante à étudier : c'est la branche la plus dynamique, la plus évolutive – par une doctrine abondante¹⁰³² et de production riche et variée, une jurisprudence arbitrale consistante¹⁰³³-. En même temps, c'est la matière la plus « inégalitaire¹⁰³⁴ ». La particularité des sujets de ce droit, c'est que l'Etat n'est plus le sujet principal, une personnalité juridique est reconnue par traité à l'investisseur étranger qui peut

¹⁰³¹ Voir J. Ruggie, « *Les entreprises et les droits de l'homme : vers une traduction opérationnelle du cadre « protéger, respecter et réparer* » : A/HRC/11/13, 22 avr.2009, §30. Cité par Catharine Titi « *Les Clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil ?* » pp.541-562, JDI n°2 2014 avril-mai-juin p.556

¹⁰³² Voir Olivier Danic « *L'émergence du droit international des investissements : Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI* » Sd Alain Pellet et de Letta Malintoppi , Thèse soutenue le 28/11/2012 Université Paris 10 Nanterre

¹⁰³³ Né dans un contexte de forte opposition et de revendications idéologiques entre pays exportateurs et pays importateurs de capitaux (ce qui a eu pour conséquence une méfiance voire une forte politisation du contentieux de l'investissement international) le CIRDI a été d'un apport par la suite considérablement sur deux plans : l'institutionnalisation de l'arbitrage international, la régulation et la précision jurisprudentielle des règles et principes du droit international des investissements. Le Secrétaire Général du CIRDI l'a reconnu et l'a mentionné : « *Après un démarrage lent, le CIRDI connaît notamment depuis 1997 un accroissement de ses activités. La première affaire portée devant le CIRDI, à savoir l'affaire Holiday Inns c. Maroc, n'a été introduite que six-ans après l'entrée en vigueur de la Convention du CIRDI, soit en 1972. Pendant les 25 années qui ont suivi, le CIRDI n'aura enregistré que 37 autres affaires. En revanche depuis 1997, le nombre des affaires enregistrées annuellement a considérablement augmenté, atteignant un nombre record de 37 affaires pour l'année 2007 seulement. A ce jour, le CIRDI a enregistré 310 affaires, dont 241 affaires durant la dernière décennie. Un fait significatif, sur ces 310 affaires, 127 demeurent pendantes.* » Voir Nassib G. Ziade SG du CIRDI « *discours d'ouverture* » pp.5-9 in « *CIRDI 45 ans après Bilan d'un système* » Sd de F. Horchani Actes du colloque de Tunis 11-13 mars 2010, éd. A. Pedone-Paris 2011 p.6

¹⁰³⁴ L'auteur Sabrina R-Cuendet décrit ce déséquilibre : « *Sitôt redécouvert le droit des investissements internationaux est entré en crise. C'est, du moins, ce qui ressort a priori des nombreuses réactions de rejet à l'encontre des instruments classiques de promotion et de protection des investissements dont on n'a que récemment mesuré les lourdes implications juridiques et politiques. Les réquisitoires à l'encontre d'un régime juridique déséquilibré qui semble offrir aux investisseurs une quasi-immunité législative sont violents* » Voir « *Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investissements étrangers* », RGDIP 2016-3 Tome 120 pp.545-578 p.545

(au même titre que l'Etat) ester en justice pour engager la responsabilité de ce dernier¹⁰³⁵. Contrairement aux instruments juridiques internes qui consacrent -à côté des droits- des obligations aux investisseurs, les T.B.I. accordent une protection substantielle unilatérale aux détenteurs de capitaux de capitaux et de technologie s'implantant dans les pays d'Afrique de l'ouest. Devant la nécessité du rééquilibrage des rapports entre les pays d'Afrique et les investisseurs, une revisite de certains concepts s'impose. En effet, au lieu d'interdire à l'Etat d'accueil de consacrer la « prescription de résultats » aux investisseurs étrangers ou imposer à ce dernier de satisfaire « les attentes légitimes » de l'investisseur, il faut instaurer des « principes équilibrants ». C'est-à-dire qu'il ne faut plus que les principes régissant cette matière fonctionnent à sens unique (au bénéfice principalement de l'investisseur), mais il faut que les principes soient englobant, équilibrés et gagnant-gagnant. Le principe des « attentes légitimes » est par exemple visé. Si l'investisseur étranger(en toute logique et c'est légitime) a besoin d'être protégé par rapport aux attentes liées aux bénéfices qu'il peut espérer, l'Etat d'accueil a aussi (au même titre et en toute logique) le droit et l'espérance d'attendre les bénéfices de l'implantation d'une compagnie étrangère sur son sol.

458. Dans cette entreprise de rééquilibrage des rapports Etat/investisseur(s) comme en Afrique de l'ouest, il faut maintenant que la « dualité globale » soit la norme. En effet, par la « dualité globale », il faut sous entendre la nécessaire réciprocité des obligations inscrites dans les APPI futurs signés par les pays ouest africains. Que ce soit le caractère contraignant des obligations consacrées, elle doit toucher au même niveau tous les acteurs. La grande innovation en la matière se trouve dans l'APPI entre le Maroc et le Nigéria qui prévoit une série d'obligations à l'endroit de tout investisseur. Ainsi une fois établie, les investisseurs : « (a) doivent appliquer-au sein de l'Etat hôte- le principe de précaution.(b) doivent maintenir un système de gestion de l'environnement et respecter les droits de l'homme conformément aux normes fondamentales en matière de travail et d'environnement, ainsi qu'aux obligations en matière de droit du travail et de droits de l'homme de l'Etat hôte ou de l'Etat d'accueil...(c) s'interdisent de se livrer aux pratiques de corruption ou d'en être complice, (d) doivent respecter ou dépasser les normes de gouvernance d'entreprise acceptées au niveau national et international(e) doivent respecter un haut niveau des pratiques socialement responsables et appliquer la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociales »¹⁰³⁶.

459. Dans un contexte de grande convoitise des pays d'Afrique de l'ouest¹⁰³⁷, ces derniers devraient se pencher-désormais- sur le contenu des APPI à négocier et signer à moyen et long

¹⁰³⁵ Voir Ch. Leben « La Responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des traités bilatéraux d'investissement » AFDI, 2004p. 691

¹⁰³⁶ Voir les articles 14, 18 et 19 de l'APPI signé entre le Maroc et le Nigéria le 3 décembre 2016 cité par Tarcisio Gazzini « Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement », Investment Treaty News Journal électronique trimestriel sur le droit des investissements IISD numéro 3. Volume 8. Septembre 2017 pp.3-2 p.3 <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-septembre-2017-français.pdf> consulté le 05 mars 2018

¹⁰³⁷ Il y a un grand bouleversement : des acteurs signent des TBI et investissent massivement dans cette partie du continent. Historiquement, c'était la France, la Grande Bretagne et les Etats-Unis qui étaient les principaux investisseurs en Afrique de l'ouest, mais maintenant les « grands pays du Sud » sont entrain de les relayer –dans

terme. Ainsi, dans un contexte juridique de l'investissement international marqué par une hyper normativité de protection conventionnelle de l'investissement étranger de la protection, les pays de cette sous région devront exiger et intégrer, dans les négociations et la conclusion d'APPI, l'inclusion de nouvelles catégories d'investissements tels les investissements conformes, tels les investissements socialement responsables « ISR », (*Investissements humainement responsables IHR*) et des investissements « environnementalement » responsables IER). Cela devra clairement signifier maintenant que la protection des investissements doit s'inscrire dans la globalité en ce qui concerne les obligations et les devoirs des acteurs. La protection substantielle est intimement liée à la protection au niveau procédurale dont l'investisseur étranger jouit de la part des APPI.

Section 2 : La protection procédurale dans les T.B.I. liant les pays d'Afrique de l'ouest

460. Les APPI ont apportés beaucoup de nouveautés au plan des rapports entre États et investisseurs. En effet, si traditionnellement, les États d'accueil de l'investissement se méfiaient de l'arbitrage comme mode normal de règlement des différends en matière d'investissement, et les États d'origine se rattrapaient sur la protection diplomatique pour venir en aide à leurs ressortissants (personnes morales et physiques) en cas de pratiques discriminatoires liées à l'investissement. L'avènement des APPI a complètement bouleversé la donne, notamment comme fondement à la compétence des tribunaux arbitraux et du renouveau de l'arbitrage fondée sur les TBI.

461. Deux modes de règlement des différends prévus par les APPI conclus par les pays de la sous région ouest africaine seront analysés ici : le modèle de règlement à travers la conciliation et les tribunaux internes (§1), et le mode de règlement des différends facilitant le recours à l'arbitrage comme modèle de règlement des litiges (§2).

BB- Paragraphe 1 : Le modèle de règlement des différends à travers le mécanisme conciliatoire et les tribunaux internes

Les APPI signés par les pays de la sous région ouest africaine optent pour deux modalités de règlement des différends : le règlement par la méthode soft (A) et le règlement par voie contentieuse dans l'Etat d'accueil de l'investisseur (B).

A : Le principe consacré du règlement des différends par la méthode soft

Cela se traduit par une philosophie particulière de ces États (1) et la recherche de solution conciliatoire toujours privilégiée en matière de protection de l'investissement (2).

1) La philosophie du règlement pacifique des différends

l'extraction minière et énergétique et dans le domaine des investissements liés aux grandes infrastructures principalement.

462. L'investissement international est un domaine très particulier : particulier du fait des enjeux financiers, technologiques et stratégiques énormes qu'il soulève ; particulier du fait de l'asymétrie d'informations et de moyens entre les acteurs et enfin particulier par rapport au contentieux qu'il soulève. Pour des raisons évidentes de complexité et de cherté de l'arbitrage¹⁰³⁸, les pays d'Afrique de l'ouest ne peuvent pas se permettre de se voir soumis régulièrement à des litiges éventuels à l'arbitrage, dont les demandeurs sont susceptibles par ailleurs de se porter sur même litige¹⁰³⁹. La philosophie du règlement pacifique des différends témoigne aussi de la double crainte des acteurs de l'investissement. En effet, pour l'Etat d'accueil -plus que lui- le règlement conciliatoire et pacifique des différends relatifs aux investissements permet de rendre l'environnement juridique des investissements serein. IL permet aussi d'éviter la dégradation sécuritaire, les réactions et publicités négatives envers la communauté des investisseurs étrangers en cas de grand procès. Ce qui peut provoquer ainsi la fuite des capitaux. Dans les APPI signés par les pays d'Afrique de l'ouest, la consécration de la « voie pacifique et diplomatique » de règlement des différends est consacrée doublement. Il est noté que : « 1- Dans le but de régler les différends relatifs aux investissements entre une partie contractante et les nationaux et sociétés de l'autre partie contractante, des consultations seront engagées entre les parties concernées pour le règlement du différend à l'amiable »¹⁰⁴⁰. 435. Parallèlement, le volet public- c'est-à-dire entre États contractant- du règlement des différends par voie diplomatique est largement souligné : « Les différends entre les États contractants relatifs à l'interprétation ou l'application du présent Accord devraient, autant que possible, être réglés par les gouvernements des deux États contractants par voie diplomatique »¹⁰⁴¹. La philosophie du

¹⁰³⁸ « L'arbitrage est un mécanisme de règlement des différends qui présente une certaine particularité : cherté, complexité des procédures et méconnaissance du mécanisme due à la faiblesse économique des États -absence de fluidité du droit envers l'activité économique »-voir Héloïse Hervé « Les coûts de l'arbitrage d'investissement : Un défi à relever pour la justice arbitrale », pp.193-205 in « L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la proceduralisation du droit international de l'investissement » éd. A. Pedone-Paris 2015 p.196 ; voir Sylvie Bebohi Ebongo « L'appréciation des condamnations contre les États africains dans l'arbitrage international » Penant Revue Trimestrielle de droit africain n°898 janvier-Mars 2017p.9

¹⁰³⁹ Outre la crainte d'être condamné et de supporter par conséquent tous les coûts et frais de la procédure , il y a une autre crainte(que le Tribunal arbitral a accepté) qui est « la décision de l'investisseur d'initier plusieurs procédures contre l'Etat » Voir CME Czech Republic, Inc B.V.(The Netherlands)c. République tchèque,CNUDCI, sentence partielle, 13 septembre 2001, §§620-621 cité par Héloïse Hervé p.204 ibid. Cette crainte n'est pas seulement, le fait de pays africains craignant pour leurs finances publiques. Il y a d'autres pays qui ont choisi cette : « Option de démantèlement de l'arbitrage unilatéral. Dénonçant le caractère abusif des demandes des demandes d'arbitrage en matière d'investissement, des États ont mis fin à leur traité bilatéral d'investissement. C'est le cas de la République tchèque, de la Russie et de l'Equateur. De même face, à des réclamations d'arbitrage de 2,3 milliards de dollars, la Pologne vient d'annoncer sa volonté de mettre fin à ces soixante traités bilatéraux d'investissement. D'autres États ont supprimé l'offre d'arbitrage de leurs traités d'investissement. C'est le cas de l'Australie qui n'a pas inclus d'offre d'arbitrage dans les chapitres sur les investissements dans les accords de libre-échange qu'elle a conclus avec les Etats-Unis en 2004 et avec la Malaisie en 2012. Les deux accords se réfèrent à la compétence des juridictions nationales pour régler les litiges relatifs aux investissements. » Voir W.Ben-Hamida « Où va l'arbitrage d'investissement » pp.395-417 in Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau Sd de F.Osman & A. Cemil Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, avril 2016, éd. LexisNexis, 2017 p.407

¹⁰⁴⁰ Voir article 8 « Règlement des différends de l'investissement » de l'APPI entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République fédérale du Nigéria signé à Abuja(Nigéria), le 14 janvier 2002 JO de la République algérienne n°16 du 8 mars 2003

¹⁰⁴¹ Voir article 8 « Règlement des différends entre États contractants » de l'APPI entre l'Allemagne et la Guinée fait à Berlin le 8/11/2006

règlement non juridictionnel et à l'amiable des différends éventuels poursuit un but de stabilité législative et réglementaire du/ des pays d'accueil et des investissements, dans la mesure où, un tel règlement des différends ne suspend pas toujours la poursuite de l'investissement. L'idée de continuité est très importante. En revanche, quand il y a saisine d'un tribunal d'arbitrage par voie de requête unilatérale, la conséquence c'est soit l'arrêt de plein gré des investissements de la part de l'investisseur, soit l'Etat d'implantation ordonne l'arrêt unilatéral des travaux. De même l'Etat d'accueil de l'investissement a intérêt à privilégier aussi le règlement à l'amiable pour éviter la multiplication des procédures d'arbitrage en cas saisine multiples de la part des investisseurs étrangers conduisant à un risque de doublement indemnisation. Emmanuel Gaillard a bien analysé cette situation : « *Le souci d'économie de moyens et le risque de contradictions sont réels mais non spécifiques. Ils existent déjà dans la situation voisine, mais fondamentalement, différents arbitrages qui sont introduits à l'encontre du même Etat sur le fondement des mêmes faits par les parties demanderesse ayant des intérêts distincts... Les mêmes risques de dispersion des ressources de l'Etat et de possible contrariété de décisions se retrouvent lorsque les différentes actions sont formées au bénéfice des mêmes intérêts. Mais dans cette dernière situation, ces risques sont complétés par d'autres, plus grave encore. On songe immédiatement au risque de double indemnisation* »¹⁰⁴².

463. Dans le contexte actuel de protection des investissements, des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest- en manques cruel d'investissements, de capitaux et de technologies- ont intérêt à privilégier la méthode douce pour régler les différends éventuels avec les investisseurs étrangers. Les pays de la zone ne peuvent pas faire face à une multiplication des procédures et leurs conséquences financières. C'est la raison pour laquelle, le règlement à l'amiable doit être le fondement (à l'avenir) de ce nouvel modèle de règlement des différends. Dans cette perspective, les APPI doivent y jouer (plus qu'aujourd'hui) un rôle fondamental en vue de sécuriser juridiquement et les Etats d'implantation de l'investissement et les investisseurs étrangers. Dans les APPI la recherche de la solution conciliatoire a toujours été privilégiée ?

2) La recherche de solution conciliatoire toujours privilégiée ?

464. Les traités bilatéraux de protection juridique signés par les pays d'Afrique de l'ouest se distinguent par une platitude classique en matière de « règlement des différends ». Ces instruments conventionnels évoquent la « solution conciliatoire » sans le détailler et s'y attarder pour montrer son importance. La « *platitude classique* » en matière de règlement des différends Etat(s)-investisseur(s) peut être battue en brèche par les nouveaux modèles d'accords bilatéraux comme le TBI entre le Maroc et le Nigéria qui contient des préalables conciliatoires précis et consistants, de sorte qu' : « *avant d'engager « la procédure arbitrale, tout différends entre les Parties sera évalué dans le cadre des consultations et des négociations par le Comité mixte sur demande écrite de l'Etat de l'investisseur (article 26 all*

¹⁰⁴² Voir (E.) Gaillard « *Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements* » pp.225-239 in Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer, éd. LGDJ Lextenso éditions 2015 p.231 et s.

et 26 al.2). » Le texte ajoute et consacre la nécessité d'une concertation inclusive entre autorités des deux pays et autres parties prenantes pour la solution à l'amiable du litige : « *Les représentants de l'investisseur et de l'Etat hôte(ou d'autres autorités compétentes) participent, dans la mesure du possible, à la « réunion bilatérale » (article 26.2). La procédure prend fin à la demande de « toute Partie » et à la suite de l'adoption par le Comité mixte d'un rapport récapitulatif de la position des « Parties ». Si le litige n'est pas réglé dans un délai de six mois, l'investisseur peut recourir à un arbitrage international après avoir épuisé les recours internes al.5* »¹⁰⁴³.

465. La recherche de solution conciliatrice entre États importateurs de capitaux que sont ceux d'Afrique de l'ouest, et investisseurs étrangers –traditionnellement de pays de l'OCDE et récemment les pays industrialisés d'Asie devenus exportateurs de capitaux à leur tour,- devrait être privilégiée. Surtout dans le contexte où la procédure de règlement des différends a connu beaucoup de mutations marquées par plusieurs phases : la protection diplomatique initiale a cédé le pas à la consécration express de l'arbitrage comme normale de règlement des litiges dans les APPI et la résurgence du *nationalisme juridique* dans le règlement des différends. Alex Mourre et Julien Fourret l'ont pertinemment remarqué : « *La première est celle de la protection diplomatique et de l'intervention des États dans l'intérêt de leurs ressortissants, victimes de mesures injustes et discriminatoires. A l'ère de la de la protection diplomatique a succédé, à partir du début des années 60, une génération de traités bilatéraux de protection des investissements (« TBI ») caractérisés par la nature ouverte de la définition des standards de protection garantis aux investisseurs, dont le contenu est en large mesure puisé au droit international coutumier, qu'il appartient aux arbitres d'interpréter. A cette réalité à la fois uniforme et ouverte succède un modèle éclaté, où coexistent traités bilatéraux, accords multilatéraux de libre-échange, ainsi qu'un retour dans certains pays à des formes modernes de la doctrine Calvo...* »¹⁰⁴⁴. Devant les enjeux futurs de l'investissement international dans une région comme l'Afrique de l'ouest, les pays gagneraient-en vue de prévenir les litiges inhérents à toute relation d'investissements- à inscrire- dans les APPI- l'institutionnalisation du règlement non juridictionnel des différends, douce et à l'amiable des litiges relatifs aux investissements étrangers. Le règlement non juridictionnel ou contentieux des différends- source de quiétude et de relations de confiance entre États et investisseurs étrangers- ne doit plus faire l'objet -comme c'est le cas dans les APPI- d'une allusion brève dans les traités bilatéraux, mais d'une véritable préoccupation -en vue d'avoir une protection sécurisante de l'investissement pour toutes les parties prenantes¹⁰⁴⁵. En effet, vu le contexte de la pratique des investissements en Afrique de l'ouest, vu la complexité actuellement des

¹⁰⁴³ Voir Tarcisio Gazzini « *Le TBI 2016 Maroc-Nigéria : Une importante contribution à la réforme des traités d'investissement* » op cit p. 143

¹⁰⁴⁴ Voir les auteurs Alexis Mourre et Julien Fourret « *Le chapitre X de l'accord économique et commercial global Canada-Union européenne : une solution équilibrée au débat sur le recours à l'arbitrage dans le règlement des différends entre investisseurs et États ?* » pp.571-590 in Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer Libre Amirocum ed. LGDJ 2015 p. 573

¹⁰⁴⁵ L'article 9 « *règlement des différends relatifs aux investissements* » « *1. Tout différend relatif aux investissements entre une Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractante sera réglé, « autant que possible », à l'amiable, par consultations et négociations entre les parties* » de l'APPI entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement du Royaume du Maroc, signé à Dakar, le 15 novembre 2006

procédures éventuelles dans les tribunaux arbitraux et les enjeux financiers colossaux que posent les honoraires des arbitres et surtout d'une condamnation en dommages et intérêts, les pays de la sous région gagneraient à insister et consacrer un système pré contentieux pour le règlement à l'amiable des différends. Le règlement par voie contentieuse- dans les tribunaux internes des pays d'Afrique de l'ouest- demeure en effet également problématique.

B : Le règlement par voie contentieuse dans l'Etat d'accueil

L'évolution du droit international des investissements montre toujours la tentative de certains pays de vouloir régler les différends avec les investisseurs par les tribunaux internes (1) ; et la méfiance des investisseurs vis-à-vis de la justice étatique interne de ces derniers (2).

1) Le règlement des différends par les tribunaux internes ?

466. La protection des investissements étrangers a ceci de particulier : que le règlement des différends a toujours fait l'objet de controverse¹⁰⁴⁶. C'est une vieille revendication des pays d'accueil de l'investissement qui considèrent que le règlement des différends par les tribunaux internes n'est que le corolaire de la souveraineté de tout pays indépendant. Sur ce point, les pays d'Afrique de l'ouest ont été plus souples dans leurs réglementations que les autres pays en développement. La consécration explicite de l'arbitrage comme mécanisme de résolution des litiges est une réalité dans le régime conventionnel bilatéral de protection réciproque des investissements étrangers. Ici, la nouveauté de ce régime, c'est que les APPI ne font plus référence à l'exigence préalable « *d'épuisement des voies de recours internes*¹⁰⁴⁷ », et ce, que la Convention CIRDI n'en fait pas allusion¹⁰⁴⁸. Toutefois, rien n'empêche un État d'accueil de conditionner son consentement à l'épuisement préalable des voies de recours administratifs et judiciaires. Ainsi certains Etats, de l'avis de Benjamin Rémy « *Il leur est alors loisible de poser, comme condition à leur consentement à l'arbitrage, que l'investisseur étranger ait exercé un recours préalable devant ses institutions ou envoyé une simple notification avant d'engager la procédure arbitrale. Cette possibilité pour l'Etat de poser de telles conditions à son consentement à l'arbitrage est d'ailleurs expressément prévue à l'article 26 de la Convention CIRDI* »¹⁰⁴⁹ Ce problème sur le niveau et le degré d'implication des tribunaux internes du pays d'accueil s'est posé lorsque l'Etat considère qu'il y a des manquements graves et que les tribunaux internes sont compétents à se prononcer sur le fond. Entre

¹⁰⁴⁶ La doctrine s'interroge à ce propos Saidou N. Tall « L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers : les États d'Afrique subsaharienne devant le Tribunal du CIRDI » Revue EDJA n°56 janvier-Février-Mars 2003 pp.53-81 p.74 ; voir W. Ben-Hamida « Où va l'arbitrage d'investissement ? » pp.395-417 in « *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau* » Sd de Filali Osman & A. Cemil Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, avril 2016, éd. Lexis Nexis SA, 2017 p.411

¹⁰⁴⁷ L'article 26 de la *Convention de Washington* du 26 mars 1965 portant CIRDI dispose que clairement : « *Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés* »

¹⁰⁴⁸ Voir article 26 de la *Convention de Washington* relative au CIRDI

¹⁰⁴⁹ Voir Remy (B) « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements(CIRDI) Chronique des sentences arbitrales », JDI-1, 2017 p.230

l'argument de fond défendu par les Etats, les investisseurs défendent souvent l'argument de forme en vue de faire régler le litige par un tribunal arbitral¹⁰⁵⁰. Traditionnellement, les pays d'origine de l'investisseur privilégient « la protection diplomatique »¹⁰⁵¹ et les pays d'accueil font jouer la nécessité de la procédure de l'épuisement des voies de *recours internes*¹⁰⁵² pour éviter ou retarder au maximum le règlement du/des litige(s) par la voie de la procédure arbitrale.

467. Dans le modèle des APPI signés par les pays d'Afrique de l'ouest, les prérogatives des pays d'accueil ne se limitent « qu'au règlement à l'amiable » du litige. Tout le reste de la procédure échappe à sa souveraineté et à la compétence des juridictions internes. Toutefois, certaines conventions bilatérales comme celle signée entre le Sénégal et la République Italienne constitue une exception en ce qu'elle postule que si le différend n'as pas pu être réglé dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé, par écrit, par l'une ou l'autre des Parties concernées, l'affaire est soumise, à la demande de l'investisseur, soit : « a) *par les tribunaux compétents des Parties Contractantes ; b) par le CIRDI....si les deux Parties Contractantes en font partie ou dès qu'elles y auront adhéré ; c) à un Tribunal arbitral ad hoc, conformément au Règlement relatif à l'arbitrage de la Commission des*

¹⁰⁵⁰ Ce problème s'est posé dans *l'affaire Millicom International Opérations B-V et Sentel GSM SA c. Etat du Sénégal Aff. CIRDI n°ARB/08/20. Sentence partielle 9 décembre 2009* Où le gouvernement du Sénégal a résilié unilatéralement la convention de concession- le liant à la société Sentel pour l'exploitation d'un réseau public de téléphonie mobile cellulaire numérique GSM au Sénégal,- pour manquements graves à la concession pour n'avoir pas payé due au 1^{er} janvier 2000 et de ne pas respecter le calendrier de couverture radioélectrique du territoire national. » La défenderesse (Gouvernement du Sénégal) a assigné Sentel devant le Tribunal régional de Dakar demandant à ce dernier : d'ordonner d'une part à Sentel de cesser immédiatement son activité illégale, et d'autre part, de condamner Sentel et MIC à la réparation du dommage que ces deux sociétés auraient causé à l'Etat du Sénégal au motif qu'elles auraient obtenues, par de fausses promesses que le Sénégal laisse à Sentel continuer à opérer dans un cadre provisoire depuis 2000. Cette affaire illustre- si besoin en ait- le manque de confiance entre l'Etat et l'investisseur. La demanderesse soulève devant le tribunal de Dakar que des requêtes de forme notamment l'exception d'incompétence tout en saisissant parallèlement le Secrétariat du CIRDI une requête for arbitration. Alors que la défenderesse soutient l'argument contraire la non compétence du CIRDI. Par ces motifs le Tribunal arbitral invite la défenderesse à adresser en commun avec la demanderesse une requête au tribunal régional de Dakar afin qu'il suspende la procédure pendante au Sénégal » Cette affaire illustre les difficultés de la procédure arbitrale notamment la compétence Prima facie et les affaires de litispendance. Voir <https://www.itallaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1245.pdf> consulté le 25 mars 2018

¹⁰⁵¹ Voir Brigitte Stern « *La protection diplomatique des investissements internationaux De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse* », JDI- 4, 1990 pp.897-945 p.915

¹⁰⁵² Pour l'auteur Zachary Douglas sur les « *voies de recours internes* » : « *en matière d'arbitrage fondé sur des traités d'investissement, l'application d'une telle règle est par principe rejetée. Par exception, la règle d'épuisement des voies de recours internes est applicable lorsque le traité d'investissement prévoit une disposition expresse en ce sens* », Voir Z. Douglas QC « *Cinq problématiques d'actualité en droit des investissements* » Cours et Travaux n°15 Université Panthéon-Assas (Paris II) IHEI de Paris, Ed. A. Pedone-Paris- 2015 p.10. Le principe du recours interne au tribunaux et systèmes administratifs de l'Etat d'accueil est évoqué par les pays d'accueil. S'expliquant sur les causes de la dénonciation de la Convention de Washington, le président de l'Equateur souligne que « *le système du CIRDI s'occupe du capital plutôt que des droits de la personne. Si quelqu'un a commis une violation des droits de l'homme dans un pays latino-américain, il doit avant d'introduire une réclamation devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme épuiser les recours internes et seulement ensuite peut s'adresser à une instance internationale, tandis que sous le système du CIRDI un investisseur peut contester une mesure gouvernementale directement. Le système du CIRDI est aussi absurde car les sociétés transnationales peuvent contester la validité des lois nationales devant un tribunal international.* » Cité par Ben Hamida W. « *La dénonciation de la Convention de Washington : un adieu ou un simple au revoir* » pp.109-138 in « *CIRDI 45 ans après Bilan d'un système* » Sd de F. Horchani Actes du colloque de Tunis 11,12 et 13 mars 2010, Paris éd. A. Pedone 2011 p.112

*Nations-Unies sur le droit commercial international(UNCITRAL) »¹⁰⁵³. Le règlement des différends dans le régime juridique conventionnel moderne enterre l'implication des tribunaux internes des pays d'Afrique de l'ouest. Les textes bilatéraux consacrent de façon expresse le recours à l'arbitrage : « *Si les deux parties contractantes n'arrivent pas à régler le différend dans une période de douze(12) mois à compter de la date où il est né, il sera soumis à la demande de l'une des parties contractantes, à un tribunal arbitral qui sera constitué de trois membres.* »¹⁰⁵⁴*

468. Dans d'autres APPI engageant les pays de la sous région, le délai imparti pour régler le différend est de six(6) mois et après autorisation expresse est accordée à l'investisseur étranger afin de saisir unilatéralement par requête l'arbitrage sans être lié par la procédure de l'épuisement des voies de recours interne : « *Tout différend entre un investisseur d'une Partie Contractante et l'autre Partie Contractante en rapport avec un investissement réalisé par le premier qui n'aura pas été réglé à l'amiable, sera soumis dans un délai de six(6) mois après notification de la demande, à un arbitrage international si l'investisseur concerné le désire .* »¹⁰⁵⁵ Le régime juridique des APPI auxquels font partis les pays d'Afrique de l'ouest montre que ces derniers ont accepté ce qu'ils ont -avec d'autres pays en développement- jusqu'ici refusés à savoir le principe du règlement direct des différends par la procédure d'arbitrage et sans faire allusion aux tribunaux internes du pays d'accueil auxquels la méfiance des investisseurs étrangers traditionnelle et légendaire, a largement contribué.

2) La méfiance des investisseurs vis-à-vis de la justice étatique étrangère

469. Les firmes transnationales des pays développés et autres grands et petits investisseurs passés et actuels ont toujours eu une certaine appréhension à l'idée de saisir et de faire confiance aux tribunaux internes du pays d'accueil pour régler les litiges éventuels. Cette méfiance est accentuée -selon les pays- par l'absence d'Etat de droit, une justice indépendante, lente et peu professionnelle. Il y a aussi l'hypertrophie du pouvoir exécutif qui ne laisse aucun espace aux autres pouvoirs et, notamment judiciaire, considéré comme ayant une « indépendance relative ».¹⁰⁵⁶ Le dernier facteur relatif à la justice est constitué par la corruption du système judiciaire. Thomas Walde parle d'incompatibilités liées aux valeurs. Cet auteur lie la question aux valeurs communes du monde des affaires incarnée par l'arbitrage et la situation non propice à cet égard dans les pays en développement accueillant les investissements étrangers : « *Les arbitres internationaux vont refléter les valeurs de la*

¹⁰⁵³ Voir article 9 « Règlement des différends entre investisseurs et Parties Contractantes » de l'APPI entre le Sénégal et l'Italie signé le 13 octobre 2000 à Dakar

¹⁰⁵⁴ Voir article 9 de l'APPI entre l'Algérie et le Nigéria, signé à Abuja(Nigéria) le 14 janvier 2002 JO de la République Algérienne n°16 du 8 mars 2003

¹⁰⁵⁵ Voir article 9 « Règlement des différends entre un investisseur et une Partie contractante » de l'APPI entre la République de Guinée et la République d'Afrique du Sud fait à Pretoria, le 25 septembre 2007

¹⁰⁵⁶ Selon la Constitution de la V République 1958- par le de « de l'indépendance de l'autorité judiciaire » art.64 et de « l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle » art 66, est reprise par les pays d'Afrique de l'ouest francophones voir www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/quelle-place-la-constitution-de-1958-fait-elle-a-la-justice.1736... consulté le 28 février 2018

communauté mondiale des affaires qui met l'accent sur la propriété et le contrat, car les tribunaux nationaux, particulièrement dans les pays en transition et en voie de développement ne seraient pas toujours dignes de confiance quand il s'agit d'être impartial et compétent en matière de transactions commerciales internationales » Il ajoute pour parachever son raisonnement sur le bien-fondé de l'arbitrage qu' « *on ne devrait pas surestimer l'utilité de l'arbitrage international pour les entreprises lésées par des gouvernements instables, des bureaucraties corrompues et une opinion publique parfois xénophobes. La plupart des entreprises ne trouvent que peu d'avantages à dépenser du temps, des moyens et des ressources dans le recours aux tribunaux arbitraux pour remédier à une situation souvent ressentie comme perdue.* »¹⁰⁵⁷

470. La méfiance de l'investisseur à l'idée d'attirer l'Etat d'accueil devant ses juridictions est motivée principalement par la crainte de l'insécurité juridique. Paradoxalement, l'acteur étatique est aussi méfiant vis-à-vis de la procédure d'arbitrage. Cela s'explique par un souci d'épargner ses finances publiques d'une très lourde condamnation devant un Tribunal arbitral CIRDI ou autre¹⁰⁵⁸. La crainte est la chose la mieux partagée entre l'Etat pour -condamnation éventuelle à payer de lourds dommages et intérêts par des devises- et l'investisseur- pour la sécurité juridique de ses actifs en cas de condamnation injuste à son égard-. Pour « dépolitiser » définitivement l'arbitrage et de persuader les États d'y recourir et enrayer la méfiance, comme c'est le cas aussi avec les investisseurs vis-à-vis de la justice interne,- il est question de la nécessité de : « *dissiper la plupart des mythes véhiculés par les adversaires du recours à l'arbitrage en matière d'investissement* » par l'outil statistique de la CNUCED soulignant qu' « *à la fin 2014, 37% des décisions avaient été rendues en faveur des Etats, soit qu'il s'agisse d'une décision d'incompétence, soit d'un rejet total des demandes, 25% l'ont été en faveur des investisseurs, mais dans la plupart des cas les demandes de ces derniers n'ont été accueillies qu'en partie ; enfin, 28% des affaires ont été réglées à l'amiable.* »¹⁰⁵⁹ Les rapports de force instaurés par le régime juridique bilatéral et même interne¹⁰⁶⁰ de la

¹⁰⁵⁷ Voir Thomas Walde « *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie* » Cours et Travaux n°2 Université Panthéon-Assas (Paris II) IHEI de Paris Ed. A. Pedone-Paris-2004 p.60

¹⁰⁵⁸ « *Dans l'affaire CIRDI Société d'exploitation du chemin de fer gabonais c. État du Gabon, dans le cadre de la résiliation unilatérale d'un contrat de concession sur le fondement de la Clause Compromissoire contenue dans le contrat d'exploitation, la SNBG puis la Transurb ont introduit une demande d'arbitrage devant le tribunal du CIRDI qui a rendu, le 7 mars 2008 une sentence arbitrale condamnant l'Etat gabonais à verser aux sociétés demanderesse une somme de 120.000.000.000 F. CFA, soit 182. 400.000.00 EUR* ». Voir Sylvie B. Ebongo « L'appréciation des condamnations contre les États africains dans l'arbitrage international » Revue Penant(Revue trimestrielle de droit africain) n°898 janvier-fév-mars 2017 pp.5-18 p.7 et s. les Tribunaux arbitraux » régionaux » en l'espèce celui institué par le Traité de l'OHADA peuvent avoir également la main très lourde envers l'Etat fautif- ; ainsi : « *La Cour commune de Justice et d'arbitrage a condamné l'Etat du Bénin à verser à la Société Benin control, sur la base d'une clause compromissoire contenue dans le contrat de marché, la somme de 160.000.000.000 de F. CFA à ladite société* » Ce qui semble curieux dans les faits de cette affaire , est que « *Le demandeur ,M. Patrice Talon, propriétaire de la société Benin Contrôle, est devenu, à la suite de l'élection présidentielle qui a eu lieu au Bénin le 20 mars 2016, président de la République. Il sera donc curieux de savoir le traitement qu'il réservera à la sentence qui lui avait alloué des dizaines de milliards de F.FCA contre l'Etat du Bénin dont il est désormais président* ».

¹⁰⁵⁹ Voir Alexis Mourre et Julien Fouret p.573 op cit. p.146

¹⁰⁶⁰ Voir Bertrand Marchais « *Les Codes d'investissement, expression d'un langage théorique ou reflet d'une nécessité pratique : contribution à l'étude de la problématique des réglementations d'investissement* », thèse droit Sd de Brigitte Stern, Université Paris 10, 1985

protection sont définitivement-pour l'instant- en faveur de l'investisseur étrangers dont les craintes envers la justice étatique dans les pays d'Afrique sont prises en compte et consacrées par la normalité principielle de l'arbitrage. Pendant que la juridiction étatique dans ces pays demeure considérée comme un « instrument d'insécurité » pour les capitaux et les actifs des investisseurs étrangers.

CC- Paragraphe 2 : Les T.B.I. des instruments conventionnels facilitant le recours à l'arbitrage comme mode privilégié de règlement des litiges

La conclusion des TBI a accéléré d'une part l'arbitrabilité des litiges à travers la saisine des tribunaux arbitraux (A) et d'autre part montré l'existence d'une concurrence de légitimité entre procédures pour le règlement des différends (B).

A : Les T.B.I. fondement de la saisine des tribunaux arbitraux

L'instrument conventionnel bilatéral en matière d'investissement facilite le recours à l'arbitrage à travers deux mécanismes : la rédaction des clauses autorisant la saisine (1), mais aussi la portée de la clause conventionnelle d'arbitrage pour le règlement arbitral des litiges contractuels (2).

1) La rédaction des clauses autorisant la saisine

471. Les affaires d'arbitrage en générales et celles impliquant les pays africains en particulier, montrent que ces derniers sont toujours défendeurs dans la procédure. L'arbitrage Etat/ investisseur montre aussi l'« unilatéralité de la procédure de saisine »¹⁰⁶¹ que ce soit dans les lois internes et dans les TBI auxquelles les pays d'Afrique de l'ouest ont souscrit. En effet, l'investisseur a la possibilité d'attirer l'Etat- après l'échec de la procédure du règlement à l'amiable du litige, s'il est prévu¹⁰⁶²- devant un Tribunal arbitral ad hoc ou institutionnel. Comme le note excellemment Eric Loquin : « *Le droit de l'arbitrage des litiges des investissements a validé... les clauses d'arbitrage unilatérales. L'arbitrage né des traités bilatéraux d'investissement est doublement unilatéral. D'une part, la clause n'offre qu'au seul investisseur la possibilité d'attirer l'Etat devant un tribunal arbitral. Il est en général soutenu qu'elle n'offre pas à l'Etat le pouvoir d'attirer l'investisseur devant la juridiction*

¹⁰⁶² Le règlement consensuel « à l'amiable » et par « voie diplomatique » est consacré dans la plupart des APPI comme celui signé entre le Sénégal et la Malaisie signé à Montego bay, le 10 février 1999. C'est au terme de la persistance du désaccord que les autres procédures seront explorées avec une précision du texte qui en dit long sur le « privilège de la procédure » accordée à l'investisseur étranger : « *au cas où il y aurait un désaccord sur la question de savoir quelle est la procédure la plus appropriée entre la conciliation et l'arbitrage, l'opinion de l'investisseur concerné sera prépondérante.* »(art.7).

arbitrale qu'elle prévoit »¹⁰⁶³. Ces clauses autorisant la saisine montre une démocratisation unilatérale de la procédure d'arbitrage en faveur et au profit exclusif de l'investisseur qui a le monopole et l'initiative de la procédure. Leur rédaction varie selon les pays et les APPI. Celui signé entre le Canada et le Nigéria le proclame ainsi : « 1. Un investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte alléguant que : d'une part, la Partie visée par la plainte a manqué à une obligation... d'autre part, l'investisseur en question a subi une perte ou un dommage en raison ou par suite de ce manquement »¹⁰⁶⁴.

472. Le privilège de juridiction accordé à l'investisseur étranger dans les Accords bilatéraux l'autorise à son choix de saisir les Tribunaux nationaux du pays d'accueil¹⁰⁶⁵. La touche Sud-Sud, -c'est-à-dire des accords bilatéraux signés par des pays ayant à peu près le même niveau de développement, n'est point différente. Ces APPI reconnaissent un droit d'option consacrant une saisine concurrente soit le tribunal de l'Etat d'accueil, soit l'arbitrage ad hoc ou institutionnel : « 2 Si les consultations n'aboutissent pas à une solution dans un délai de six mois, à compter de la demande de règlement, le national ou la société peut soumettre le différend pour son règlement à son choix : a) au tribunal compétent de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé ; ou b) au CIRDI, créé en vertu de la convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États...c) à un tribunal ad hoc ». Cet accord Algero- nigérian bat en brèche l'unilatéralité de la clause autorisant la saisine en faveur de l'investisseur étranger en soulignant dans la même veine que : « 3 Chaque partie contractante doit donner son accord pour soumettre tout différend relatif à l'investissement à la réconciliation ou à l'arbitrage »¹⁰⁶⁶. D'autres conventions consacrent aussi la compétence des tribunaux nationaux en concurrence avec d'autres procédures notamment les TBI signés par le Sénégal¹⁰⁶⁷. La clause conventionnelle d'arbitrage rend-elle effective et automatique le recours à l'arbitrage ?

¹⁰⁶³ Voir (E.) Loquin « La coexistence du droit de l'arbitrage d'investissement avec le droit de l'arbitrage commercial international : conflit ou complémentarité ? pp.323-335 in *Vers une lex mediterranea des investissements* SD de Filali Osman, ed. Bruylant Groupe Larcier s.a, 2016 p.328

¹⁰⁶⁴ Voir article 21 « Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre ou au nom d'une entreprise » de l'APPI Canada-Nigéria signé le 5 mai, 2014, à Abuja(Nigéria) J.O de la République Algérienne n°16 du 8 mars 2003

¹⁰⁶⁵ L'article 10, en a fait cas : « A défaut d'un règlement à l'amiable par arrangement direct entre les Parties au différend dans un délai de six mois, à compter de la date de sa modification écrite, le différend est soumis au choix de l'investisseur : a. soit au Tribunal compétent de la Partie Contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé ; b. soit pour un arbitrage au CIRDI, créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États » de l'APPI entre La Guinée et le Cameroun fait à Bruxelles le 18/05/2001

¹⁰⁶⁶ Voir article 8 ibid

¹⁰⁶⁷ Dans les APPI signés par un pays comme le Sénégal, il n'y a pas un modèle uniforme en matière de règlement des différends. Dans l'APPI signés entre le Sénégal et le Koweït fait à Dakar, le 25 juillet 2009 le privilège de choix est donné à l'investisseur étranger « le différend sera soumis à un règlement, au choix de l'investisseur Partie au différend, par un des moyens suivants : (a) conformément aux procédures applicables, précédemment convenues en matière de règlement des différends ; (b) à l'arbitrage international... » Dans une autre APPI l'option est partagée entre l'Etat du Sénégal et l'investisseur étranger pour le règlement des différends : « 2.- Tout différend qui n'aura pas été réglé à l'amiable dans un délai de six mois peut, si les deux parties en conviennent, être soumis : a) en vue de sa résolution, et conformément à la loi de la Partie contractante ayant agréé les investissements, à l'organe judiciaire, arbitral ou administratif compétent de cette

2) La portée de la clause conventionnelle d'arbitrage pour le règlement arbitral des litiges contractuels

473. Le succès de l'arbitrage Etat-investisseur(s) aura été le fait des traités bilatéraux d'investissement¹⁰⁶⁸. Le recours direct ou indirect de la procédure arbitral en cas de différends pose le problème des rapports entre saisine fondée sur le TBI et la saisine fondée sur un cadre contractuel¹⁰⁶⁹. La question qui est posée ici c'est l'interprétation qui est faite de clauses conventionnelles ou contractuelles concernant le règlement des différends. A savoir, malgré l'existence de clause conventionnelle d'arbitrage, sa portée peut être relativisée par l'attitude de la défenderesse. En effet, dans l'affaire opposant le Sénégal à Millicom International et Sentel (évoqué supra). Le Gouvernement du Sénégal a fait valoir pour condamner éventuellement l'investisseur Sentel la compétence *prima facie* de la juridiction du Tribunal régional de Dakar, alors que la demanderesse Sentel fait valoir en l'espèce l'article 11¹⁰⁷⁰ de la Concession le liant au Sénégal qui pour elle est une clause- acceptée par le Gouvernement-fondant et justifiant clairement le recours au tribunal arbitral pour connaître du contentieux. Cela pose le problème de l'existence des clauses compromissaires¹⁰⁷¹ à côté des réclamations

Partie ; b) ou à une conciliation internationale en vertu du règlement de conciliation de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international » Voir l'article 9 de l'APPI entre le Gouvernement du Sénégal et le Gouvernement de l'Inde, signé à Dakar, le 3 juillet 2008

¹⁰⁶⁸ C'est le point de vue émis par un éminent spécialiste E. Gaillard « *La Jurisprudence du CIRDI* » ed. Pedone, Paris 2004

¹⁰⁶⁹ Le Tribunal fait un raisonnement spécifique correspondant dans l'affaire *CIRDI Compania de Aguas del Aconquija S.A and Vivendi Universal, aff. ARB/97/3 décision d'annulation du 3 juillet 2002*, le comité ad hoc affirme : « Il est manifeste qu'un différend relatif à un investissement peut en même temps soulever des questions d'interprétation et d'application des dispositions du BIT et des questions de nature contractuelle » le comité considère aussi que : « la détermination de l'existence d'une violation du BIT et celle d'un manquement au contrat sont deux questions distinctes. Chacune d'elles sera déterminée par application du droit qui lui est applicable- dans le cas du BIT, le droit international, dans le cas du contrat de concession, le droit applicable au contrat » cité par A. Pellet « *Adieu Philippines Remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et contractuelles dans le droit de l'investissement international* » pp.97-110 in « *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle en hommage aux professeurs D. Carreau & P. Juillard* éd. CERDIN Paris 2009 p102

¹⁰⁷⁰ Dans cette affaire CIRDI Millicom international Opérations B-V & Sentel c. république du Sénégal (Aff. CIRDI n°ARB/08/20 sentence partielle du 9 décembre 2009 la défenderesse en l'occurrence Sentel présente ses conclusions au Tribunal régional de Dakar en se fondant simplement sur la forme sans évoquer le fond car selon elle l'art.11 de la Concession règle l'affaire car il donnerait compétence exclusive à des institutions d'arbitrage internationales. Le fameux article 11 dispose : « Les parties feront tout leur possible pour régler à l'amiable tout différend résultant de l'exécution de la présente Convention. Elles devront, au préalable si les lois et règlements en vigueur le permettent, recourir à tout organisme de conciliation de réglementation et d'arbitrage compétent en matière de télécommunications. Il en sera de même en cas de conflits entre opérateurs notamment lors des accords d'interconnexion. Si le litige persiste, les parties pourront en définitive recourir à l'arbitrage de l'OHADA, le CIRDI ou la Chambre de commerce internationale de Paris(CCI) etc. » Ici l'ambiguïté demeure, puisque la clause de cet article ne fonde aucunement l'exclusivité du recours à l'arbitrage. C'est une possibilité offerte aux parties et non une voie exclusive. De même la question qu'on n'a pas soulevé : c'est quelle institution arbitrale sera chargée de d'organiser la procédure ? Puisqu'il y a en a plusieurs citées par l'article (CCJA de l'OHADA, CIRDI, CCI etc.) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1245.pdf> supra p.

165

¹⁰⁷¹ il y a des controverses : pour certains auteurs la procédure de règlement des différends prévue par les BIT consacrant l'arbitrage suffit et justifie, en cas de litige non réglé à l'amiable, le recours à l'arbitrage (E. Gaillard & Pierre Mayer) Alors que pour d'autres, cette distinction de procédure fondée sur un contrat et procédure fondée sur un traité n'a pas lieu d'être dans la mesure où si « le demandeur invoque une violation du contrat, le

fondées sur un TBI. Les instruments conventionnels bilatéraux- sous l'angle juridictionnel- sont considérés comme des clauses de couvertures couvrant en même temps une extension des compétences aux différends contractuels en matière d'investissement. Cela dit, en cas de violations des stipulations contractuelles, les clauses attributives de compétences inscrites dans les TBI fondent et justifient le recours à l'arbitrage. Alors qu'il y a d'autres Conventions « *qui tout en incluant une clause de couverture, limitent expressément la compétence du tribunal aux différents relatifs à une violation du traité, ce qui est le cas du TBI entre la Suisse qui limite la compétence aux demandes d'ordre conventionnel et contient une clause de respect des engagements.* »¹⁰⁷². Les clauses attributives de compétence inscrites dans un traité bilatéral sont insuffisantes pour fonder et autoriser une saisine en bonne et due forme de l'arbitrage. Il faut qu'elles se complètent par une clause compromissoire écrite entre les deux parties qui autorise le recours à l'arbitrage. Cette distinction treaty claims/ contract claim est contestable de l'avis de la doctrine. Pierre Mayer critique cette distinction en soutenant que : « *la clause juridictionnelle devrait être large et prévoir qu'on puisse soumettre au CIRDI toutes les demandes aussi bien en ce qu'elles sont basées sur le traité qu'en ce qu'elles sont basées sur le contrat et le droit applicable au contrat. L'auteur soutient qu'il est autant dans l'intérêt de l'Etat que de l'investisseur qu'un même tribunal examinera tous les aspects du litige. Cette unité milite en faveur d'une déconnection de l'aspect procédural par rapport à l'aspect substantiel* »¹⁰⁷³. Ici le degré d'effectivité de la clause de saisine qui est mise en cause, mais comme un accord de volonté générateur d'obligations ne peut avoir la prééminence ni une supériorité sur un instrument bilatéral conventionnel, le consentement exprimé sur la base du traité bilatéral conclu doit suffire pour régler les litiges ne seraient ce que contractuels.

474. Un autre auteur soutient la validité juridique de la clause d'arbitrage de renvoi au TBI en soutenant qu'on ne peut avoir une juridiction arbitrale spécialisée en arbitrage conventionnel et en arbitrage contractuel. Il balaie l'umbrella clause en affirmant de façon sèche et laconique : « *Vous n'avez pas besoin de vous demander quelle en est la portée, puisque par définition le tribunal arbitral est compétent pour connaître de toutes les demandes relatives à l'investissement, dès lors qu'il y a un différend sur l'investissement.* »¹⁰⁷⁴ Cette controverse continue à travers d'autres auteurs qui soutiennent -outre l'existence

droit applicable sera le droit qui régit le contrat(à savoir le contrat lui-même et, en principe, le droit interne du pays hôte de l'investissement) et le mécanisme pour trancher ce différend sera celui prévu dans le contrat...il s'agit donc des tribunaux internes. Si le motif de la réclamation, la « cause of action » est cependant la violation de la CBI, le droit applicable sera le droit international public et le tribunal arbitral prévu dans le traité aura compétence pour connaître du différend.»(Alain Pellet) se range dans cette doctrine voir A. Pellet ibid p.102

¹⁰⁷² Voir Y Nouvel « *La compétence matérielle : contrat, traité et clause parapluie* », pp. 13-30 in « *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux* » SD de Charles Leben, Ed. Anthemis s.a LGDJ 2010, p. 29 L'auteur se range du côté de la thèse du « *pouvoir de connaître du différend contractuel en vertu des clauses du traité relatives au règlement des différends* »

¹⁰⁷³ Colloque organisé par l'IHEI de Paris II Assas, « *Nouveaux développements dans le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement international* », Cité par W.Ben Hamida « *L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions* » pp. 565-602, AFDI 2005 CNRS Ed. p.569

¹⁰⁷⁴ Point de vue exprimés par Ibrahim Fadlallah Table ronde (A. Mourre, W. Ben Hamida, P. Mayer, I. Fadlallah) « *L'enchevêtrement des procédures* » in *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux Aspects récents* » cité haut pp.129-142 p. p.142

d'APPI- l'existence d'un consentement écrit à travers une clause compromissaire complétant le traité et autorisant l'investisseur à saisir un Tribunal arbitral. Il peut s'agir d'une offre relative à certaines catégories d'investissements que l'investisseur étranger accepte à travers un consentement écrit. Ce point de vue est celui des administrateurs de la Banque Mondiale de 1964 : « *La Convention n'exige pas que le consentement des deux parties soit exprimé dans le même acte. C'est ainsi qu'un État hôte pourrait offrir, dans le cadre d'une législation destinée à promouvoir les investissements, de soumettre à la compétence du Centre les différends résultant de certaines catégories d'investissements, tandis que l'investisseur pourrait donner son consentement en acceptant l'offre par écrit* ». ¹⁰⁷⁵

475. L'évolution du droit international des investissements (version procédurale) montre que la jurisprudence arbitrale a accepté la validité de certaines requêtes sur la clause attributive de compétences inscrite dans les APPI. Quoi qu'il en soit, la « suffisance » des APPI comme fondement de l'acceptation de la saisine d'un Tribunal arbitral, en l'absence parfois d'une clause compromissaire insérée dans une loi sur les investissements étrangers. Un auteur assimile l'importance du contrôle qu'induisent les APPI sur l'Etat à celui qu'exerça et qu'exerce actuellement le juge administratif français sur l'administration : « *L'importance de ce contrôle naissant de la légalité des agissements des États au regard des exigences du droit international, systématiquement reprise dans les traités de protection des investissements, est telle que l'on a pu comparer cette évolution à celle qui, au XIXe siècle, a vu la naissance du contrôle de la légalité des actions de l'administration française par le Conseil d'Etat* ». ¹⁰⁷⁶ Toutefois, le droit des investissements (dans le contexte d'une forte productivité jurisprudentielle des tribunaux arbitraux internationaux, régionaux et même national notamment ceux des pays développés) semble marquer par un enchevêtrement de procédures qui dénote d'une certaine manière- une concurrence de légitimité sur le plan procédural.

B : Le recours à l'arbitrage dans les TBI : la marque d'une concurrence de légitimité entre procédures arbitrales pour le règlement des différends

Cette concurrence procédurale se traduit par la préférence sécuritaire historique de l'investisseur pour le CIRDI (1), l'étude cas sur les affaires africaines tranchées par le CIRDI (2), d'une part, et la concurrence potentielle de l'arbitrage institutionnel de l'OHADA insérable en modèle dans les TBI (3) et, les perspectives de l'arbitrage Etat-investisseur(s) en Afrique de l'ouest sur le fondement des TBI (4), d'autre part.

1) La procédure CIRDI : une préférence sécuritaire historique pour l'investisseur étranger

¹⁰⁷⁵ Voir paragraphe 24 du *rapport des administrateurs de la Banque Mondiale* (1964) cité par W. Ben Hamida « *Où va l'arbitrage d'investissement ?* » pp.395-417 in *Où va l'arbitrage international ? De la crise ou renouveau* SD de Filali Osman & Ahmet Cemil Yildirim Journées d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, avril 2016, Ed. Lexis Nexis SA, 2017 p.395 et s.

¹⁰⁷⁶ Voir (E.) Gaillard « *La jurisprudence du CIRDI* », Ed. A. Pedone-Paris 2004 p.7

476. La procédure arbitrale CIRDI jouit d'un prestige aux yeux de la communauté des investisseurs étrangers. Cela est dû à plusieurs facteurs économique, juridique et même diplomatique: en effet, la particularité de la procédure de l'arbitrage du Centre, c'est que la majorité des affaires tranchent des problèmes économiques particuliers. Concrètement, un pays en développement (comme exemple un pays d'Afrique de l'ouest) qui ont besoin des firmes transnationales ou des PME-PMI, se voit attirer devant le Centre par ces dernières en cas de différends en relations directe avec un investissement¹⁰⁷⁷. Au plan juridique, l'écrasante majorité des Etats- partis à la Convention de Washington, l'absence d'exequatur et l'autorité attachée à la jurisprudence du *Tribunal CIRDI*¹⁰⁷⁸. Enfin même sur le plan diplomatique, l'onction de la Banque Mondiale et de son influence morale et politique dans les pays en développement et africains en particulier en font un instrument diplomatique évident auquel les États africains sont très attentifs compte tenu du rôle que la Banque mondiale joue par ailleurs pour leur développement¹⁰⁷⁹. Dans le contexte arbitral international marqué par la multiplication des procédures et l'enchevêtrement normatif, l'arbitrage incarné par le « Centre de Washington » protège doublement l'investisseur étranger au niveau procédural : il y a un le droit unilatéral accordé à tout investisseur d'attirer un État coupable à ses yeux de pratiques faisant griefs à son ou investissement(s)¹⁰⁸⁰ ; au niveau substantielle, la jurisprudence du CIRDI sanctionne le manquement aux obligations de protection prévue par le TBI¹⁰⁸¹ a dégagé des règles et principes protecteurs de l'investissement et des investisseurs étrangers dans les pays en développement et ceux d'Afrique de l'ouest en particulier.

477. La préférence sécuritaire des investisseurs se manifeste aussi par la recevabilité de certains plaignants qui voient leurs opérations qualifiées d'investissements et entrent par

¹⁰⁷⁷ Voir article 25 de la *Convention du 18 mars 1965* portant création du CIRDI qui ne définit le concept d'investissement mentionne juste un « *différend en relation directe avec un investissement* »

¹⁰⁷⁸ Il y a une autorité juridique évidente de la jurisprudence du CIRDI : Les décisions du Tribunal arbitral CIRDI sont immédiatement exécutoires Selon la *Convention de Washington du 18 Mars 1965* « *La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention. Chaque partie doit donner effet à la sentence...* » art.53. L'art.54 y ajoute que : « *Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat.* ».

¹⁰⁷⁹ Au plan diplomatique : à la différence de l'arbitrage privé ad-hoc, où il est parfois difficile d'obtenir de la part de gouvernements l'exécution de décision de condamnation avec exequatur en bonne et due forme, dans le cadre de la Banque Mondiale, le système est différent. La Banque est la plus grande institution de financement du développement dans les pays en développement et d'Afrique de l'ouest en particulier. Ce qui fait que son « modèle d'arbitrage à un symbolique et un aspect particulier.

¹⁰⁸⁰ Voir article 25 de la *Convention de Washington du 18 mars 1965* op cit.

¹⁰⁸¹ L'affaire *AMT c. Zaïre CIRDI aff. ARB/93/1 sentences du 21 février 1997* illustre la sanction du manquement lié à la responsabilité de l'Etat en tant qu'entité protectrice de l'investisseur étranger pour les « *saccages et dommages et destructions causées par les éléments des forces armées zaïroises* » Le Tribunal a décidé sur la Responsabilité de l'Etat du Zaïre « *que la responsabilité de la République du Zaïre en tant que défenderesse est engagée pour l'ensemble des dommages causés lors des événements des 23-24 septembre 1991 et des 28-29 janvier 1993, objet de la demande d'indemnisation d'AMT* » ; sur la demande d'indemnisation « *que la République du Zaïre doit en outre payer à l'AMT la somme des dollars US 104 828,96 représentant la moitié de l'avance consentie par celle-ci sur les frais de procédure* » v. Gaillard (E) p. 447 op. cit. Le même raisonnement sur la responsabilité de protection de l'Etat fondée sur les TBI (Sri Lanka- Grande Bretagne) notamment « *la pleine sécurité* » a été faite par le tribunal arbitral CIRDI dans l'Affaire *AAPL c. Sri Lanka CIRDI aff. n° ARB/87/3 sentence du 27 juin 1990*

conséquent dans la compétence du CIRDI pour être protégés. Un auteur le résume bien ce dynamisme : « *Le CIRDI est une institution qui ne connaît pas la crise. Si tel est le cas, c'est peut-être parce que le CIRDI enregistre de nombreuses affaires dans des domaines très variés. Si l'on s'en tient aux deux dernières décennies, les tribunaux arbitraux constitués en application du mécanisme de règlement des différends du CIRDI se sont déclarés compétents pour connaître de litiges ayant trait à des garanties bancaires, des créances, des contrats de construction ou bien encore des contrats de service* »¹⁰⁸². Cette préférence sécuritaire certes protectrice de l'investisseur étranger, l'est aussi pour le pays d'accueil de l'investissement. En cas d'agissements contraires de la part de l'investisseur. Sébastien Manciaux parlant de la contribution des sentences arbitrales CIRDI au régime des investissements étrangers évoque : « *la protection de l'engagement de l'Etat et les informations dues à l'Etat lors de l'exploitation de l'investissement* »¹⁰⁸³. On peut aussi noter que la sécurité se traduit par une référence quasi systématique de tous les modèles d'APPI des pays développés exportateurs de capitaux à la « *procédure CIRDI* »¹⁰⁸⁴ et l'ampleur de la saisine dont fait l'objet le Tribunal de Washington après cinquante années d'existence¹⁰⁸⁵. Le mérite de la procédurale arbitrale institutionnel international- incarnée par le « Centre » c'est qu'elle a réussi à détacher l'arbitrage des considérations politiques, diplomatiques pour la cantonner dans sa dimension strictement juridique. Cet avis est partagé par Benjamin Rémy qui observe qu' : « *il s'agissait que le traitement des désaccords entre États et investisseurs étrangers soit dans la dépendance des considérations diplomatiques, économiques et, d'une manière plus générale, politiques qui commandaient les relations entre l'Etat hôte de l'investissement et l'Etat d'origine de l'investisseur. La création du Centre devait à cet égard offrir une alternative au mécanisme de la protection diplomatique. L'arbitrage initié sous son égide opposant directement l'investisseur étranger à l'Etat hôte de l'investissement, le risque d'un mélange des genres, fréquent en matière de protection diplomatique, se trouvait écarté.* »¹⁰⁸⁶. La préférence sécuritaire de la procédure d'arbitrage CIRDI qui n'a cessé de se renforcer comme fondement de la saisine des tribunaux arbitraux fondés que la Convention de Washington, a été renforcée par la productivité jurisprudentielle qui a servi de charpente aux règles et normes de protection de l'investissement dans les pays d'Afrique de l'ouest.

¹⁰⁸² Voir Guillaume Aréou « *La notion d'investissement- évolutions récentes* » pp.7-29 in « *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la Proceduralisation du droit international de l'investissement* » SD de A. De Nanteuil Ed. A. Pedone- Paris 2015 p.17

¹⁰⁸³ Voir (S.) Manciaux « *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États trente années d'activité du CIRDI* »Ed. Litec 2004 pp.327-385

¹⁰⁸⁴ Voir l'exemple français cité par H. Ghérari « *Les accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements* » documents d'études Droit international économique vol.2 Documentation française, 2013 p.40

¹⁰⁸⁵ Le « Centre » connaît un regain d'activités sans précédent qui contraste avec ses débuts. « *Pour sa 50^e année, le Centre a connu une activité relativement stable avec 48 nouvelles affaires enregistrées. Parmi ces demandes..42 arbitrages ont été introduits en application de la Convention de Washington et cinq arbitrages ont été portés devant le Centre en application du Mécanisme supplémentaire. Le nombre d'affaires pendantes au 1^{er} janvier 2017 était de deux-cent douze, parmi lesquelles vingt- deux demandes d'annulation, dont six ont été introduites cette année. Trente six sentences ont été rendues en 2016, ainsi que de dix décisions de comité ad hoc.* » Voir (B.) Rémy pp.217 et s.

¹⁰⁸⁶ Voir (B.) Rémy CIRDI « *Chroniques des sentences arbitrales* » pp.215-297, J.D.I. Janv-Fev-Mars 2017 p.219

2) Étude de cas sur des affaires africaines¹⁰⁸⁷ au CIRDI

Le Tribunal arbitral du CIRDI a eu à rendre plusieurs décisions concernant l'Afrique¹⁰⁸⁸ : parmi celles-ci, il y a l'affaire SOABI c. État du Sénégal (a), ensuite l'affaire Atlantic c. Guinée (b) et enfin, l'affaire Letco c. État du Sénégal (c) et AMT/ Zaïre (d).

a- L'affaire SOABI c. État du Sénégal CIRDI n°ARB. /82/1 du 19 juillet 1984

478. L'affaire *SOABI* illustre l'inquiétude et les appréhensions des pays d'Afrique de l'ouest à se voir attraire devant un tribunal arbitral. En effet, ce contentieux- l'une des premières expériences du pays à l'arbitrage CIRDI¹⁰⁸⁹ - montre le caractère déséquilibré des rapports entre firmes transnationales et pays en développement au plan juridique (obligations contractuelles déséquilibrées, échéances et délais non respectés et l'originalité de la procédure CIRDI en l'espèce. Cette affaire fut un véritable écueil juridique de par sa longueur (six ans de procédure), les griefs d'incompétence du Centre alléguée par le Sénégal et les péripéties liées à l'exécution de la sentence. Les faits se résument ainsi : Le gouvernement du Sénégal, dans le cadre de sa politique de logement, a signé le 5 novembre 1982 un contrat de construction de 15 000 logements sociaux avec la Société ouest africaine des bétons industriels SOABI. Cette dernière est une société de droit sénégalais contrôlée par des intérêts étrangers a saisi d'une requête d'arbitrage en vue de faire condamner le Sénégal à lui payer une somme de 5.048.688 .689 francs CFA pour la réparation du préjudice subi par la rupture du contrat notifiée le 24 juillet 1980 par le gouvernement sénégalais. Comme dans la procédure CIRDI, les pays africains ont souvent été défendeurs et réfutent souvent le recours à l'arbitrage : « *Le 8 mars 1984, le Gouvernement a soulevé l'incompétence du Centre au motif d'une part que la SOABI étant contrôlée par une société de droit panaméen, elle ne*

¹⁰⁸⁷ L'Afrique devient de plus en plus au cœur de l'arbitrage Etat/investisseur. Ce fait est souligné par un rapport des Nations-Unies : « *Les pays africains ont été impliqués dans 111 affaires liées à des différends en matière d'investissement, soit environ un cinquième de l'ensemble des affaires d'arbitrage documentés. Au total, 68 affaires se sont soldées par une décision de justice ou une résolution à l'amiable et se sont considérées comme réglées. Quarante-trois affaires, dont certains remontent à 2004, sont encore en instance de décision. Parmi les pays africains, l'Egypte est la partie défenderesse dans le plus grand nombre d'affaires(25), suivie par la République Démocratique du Congo(8) de l'Algérie(6) et la Guinée(5)* » voir N-U Commission économique pour l'Afrique CEA « Politique d'investissement et Accords bilatéraux d'investissement en Afrique Implication pour l'intégration régionale » Addis-Abeba, Ethiopie Mars 2016, 126 p. p. 18

¹⁰⁸⁸ « *Ces affaires ont opposé des investisseurs aux États suivants : Burundi, Burkina Faso, Congo, Cameroun, Gabon, Nigéria, Mali, Guinée, Liberia, RDC, Tanzanie, Gambie, Ghana, Kenya, Sénégal, Cote d'Ivoire* » Voir Saidou N-Tall « *L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers : les États d'Afrique subsaharienne devant le tribunal du CIRDI* » Revue édition juridique africaine n°56 Janvier-février-Mars 2003 pp.53-83 p.53

¹⁰⁸⁹ Depuis cette date jusqu'aujourd'hui, le Sénégal qui fut l'un des premiers signataires de la Convention de Washington (26 septembre 1966 entrée en vigueur le 21 mai 1967) a connu-outre l'affaire *SOABI*- trois affaires d'arbitrage devant le tribunal CIRDI : CIRDI, *Millicom International opérations B.V. et Sentel c. République du Sénégal*, aff. N° ARB/08/20 sentence partielle 9 novembre 2009 ; CIRDI *Vicat c. République du Sénégal*, aff. N°ARB/14/19- procédure suspendue à la demande de la demanderesse Vicat après la mise en place par le Sénégal d'une instance de régulation du secteur de la cimenterie ; CIRDI, *Menzies Middle East and africa S.A. & Aviation Handling International Ltd c. République du Sénégal*, aff. N° ARB/15/21 instance déclarée close(le 5 août 2016) en application de l'article 38 de la convention de Washington de 1965.

remplirait pas la condition de nationalité requise par l'article 25(2)(b) in fine de la Convention de Washington et d'autre part que l'Etat du Sénégal n'aurait pas consenti à la compétence du Centre pour connaître du litige relatif à la construction de 15.000 logements prévus par des contrats en date des 24 juillet et 17 septembre 1975, la clause d'arbitrage CIRDI n'étant prévue que par un contrat en date du 3 novembre 1975 intitulé » »convention d'établissement relative à une usine de préfabrication d'éléments en béton armé »¹⁰⁹⁰.

479. Malgré cette exception soulevée par le Sénégal, le Tribunal arbitral ne l'a pas suivi en statuant à l'unanimité à la recevabilité de la requête. Le fait qu'elle est une société de droit local n'enlève en rien sa capacité d'ester en arbitrage CIRDI parce qu'elle est contrôlée par des intérêts de ressortissants d'Etats contractants. Le Gouvernement du Sénégal et la société *SOABI* affutent chacun ses prétentions¹⁰⁹¹. Cette affaire illustre les difficultés d'un « jeune Etat sous développés » confronté à l'inexpérience, à la longueur et à la complexité des procédures d'arbitrage. Dans le cas d'espèce, le Sénégal a justifié son acte d'annulation du contrat avec la société *SOABI* en se basant sur une disposition interne, en l'espèce le Code des obligations de l'administration(COA)-. UN argument que le Tribunal arbitral récuse aussi en jugeant que- « *Le C.O.A, qui fait une distinction très nette entre résiliation pour faute et résiliation sans faute, sur laquelle les auteurs n'ont d'ailleurs pas négligé d'insister, offre un choix à une administration qui veut mettre fin à un contrat. Si elle est de l'avis que le cocontractant n'a pas rempli ses obligations, elle doit le mettre en demeure et s'il ne s'exécute pas, elle peut prononcer la résiliation pour faute. Selon le Tribunal, l'administration est libre dans un cas pareil de demander des dommages-intérêts ou de se contenter de la simple résolution du contrat.* »¹⁰⁹². Ce que le Gouvernement n'a pas fait pour avoir procédé à une rupture unilatérale du contrat et revenir demander l'octroie de dommages-intérêts de la part de l'investisseur.

480. Le Sénégal a violé les termes de la convention d'établissement signée avec la *SOABI* par l'annulation unilatérale. Le Tribunal arbitral du CIRDI évalue la perte de gain pour la firme de Travaux public à 150.000.000 F CFA et en conclusion, il prononce la sentence suivante : « ...*Le Tribunal, tenant compte des aléas d'ordre économique et financier qui sont de nature à affecter l'exécution et la rentabilité des projets à long terme(...) et de l'incidence des faits de la SOABI(...) et dans l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation qui est le sien, évalue la perte de la chance à gagner de la SOABI, qui donne droit à indemnisation, à 150. 000.000 F CFA.* »¹⁰⁹³. L'affaire jugée par le Tribunal arbitral était loin de connaître son épilogue. En effet, il s'est posé la question de l'exequatur c'est-à-dire l'exécution de la décision en France par la saisie des biens appartenant à l'Etat du Sénégal. Ce pays ne peut invoquer l'exequatur dans la mesure, il s'est engagé dans le contrat de concession avec

¹⁰⁹⁰ Voir (E.) Gaillard *C.I.R.D.I. Chroniques des sentences arbitrales*, JDI, 1 1990 pp.191-218 p.193

¹⁰⁹¹ Les prétentions des parties peuvent être résumées : « Dans la présente procédure, la *SOABI* maintient qu'elle aurait rempli toutes ses obligations mais que le Gouvernement aurait notamment manqué à ses obligations concernant la mise à disposition de terrains viabilisés. Pour sa part, le Gouvernement reproche à la *SOABI* qu'elle n'aurait pas respecté les prix contractuels des logements et qu'elle aurait manqué à ses obligations concernant le financement. » Voir E. Gaillard *ibid* p.195

¹⁰⁹² Voir (E.) Gaillard *C.I.R.D.I. Chroniques des sentences arbitrales*, J.D.I., 1 1990 pp.191-219 p.200 et s.

¹⁰⁹³ Voir décisions du CIRDI citée par E. Gaillard p.201 *ibid*.

SOABI à respecter l'exécution des obligations que la sentence impose par le bais de l'article 54 de la Convention de Washington. Le Sénégal invoque un principe du droit international public qu'est l'immunité d'exécution dont bénéficient les sujets internationaux. Le juge français lui donne raison : « *Considérant que l'immunité d'exécution dont jouit l'Etat étranger en France est de principe, qu'exceptionnellement, elle peut être écartée lorsque les biens sur lesquels doivent porter l'exécution ont été affectés par cet Etat à une activité économique et commerciale relevant du droit privé Par ces motifs : infirme l'ordonnance déférée et, statuant à nouveau : Dit n'y avoir lieu à exequatur de la sentence arbitrale rendue le 25 février 1988 par le CIRDI* »¹⁰⁹⁴ Les tribunaux français vont procéder à une clarification conceptuelle entre l'immunité et l'exéquatur.¹⁰⁹⁵ La protection des investissements étrangers n'a pas toujours résisté à l'empiétement des droits contractuels dont bénéficie le contractant de l'Etat d'accueil. Ce cas de rupture de contrat ayant abouti à une saisine du Tribunal arbitrage s'est aussi produit dans un autre pays d'Afrique de l'ouest.

***b- L'affaire Atlantic triton c. Guinée CIRDI n°ARB/84/1du
21 avril 1986***

481. La protection des investissements étrangers n'a pas toujours été effective dans les pays d'Afrique du fait de la fréquence des litiges ayant trait, à la mauvaise exécution du contrat par le partenaire d'affaires de l'Etat, soit (toujours le moyen le fréquent) que l'Etat d'accueil a pris une mesure rendant l'exécution du contrat onéreux ou quasiment impossible. Ce cas de rupture de contrat ayant abouti à une saisine du tribunal arbitral s'est aussi produit dans l'affaire Guinée c. Atlantique Triton. La république de Guinée, à l'instar de tous les pays d'Afrique de l'ouest, consacre dans ses lois internes relatives aux investissements étrangers, et dans les TBI conclus, le principe que tout investisseur étranger ou partenaire(s) de l'Etat lésé(s) peut saisir le Tribunal arbitral au fin de déclencher une procédure d'arbitrage. . La Guinée y occupe une place centrale étant donné le nombreux de procédures dont ce pays fait

¹⁰⁹⁴ Cour d'appel de Paris, première chambre, section C du 5 décembre 1989 cité par Gaillard (E), J.D.I.-1, 1990 pp.141-146, p.143

¹⁰⁹⁵ Sur la confusion entre exequatur et immunité d'exécution : La Cour d'appel de Paris, première instance, section C –Etat du Sénégal c/ Alain Seutin ès qualité de liquidateur amiable de la SOABI et autres. –Mes Vergés et Danon, avocats Statue sur l'appel relevé par l'Etat du Sénégal d'une ordonnance rendue le 14 novembre 1988 par le Président du Tribunal de grande instance de Paris accordant l'exequatur à une sentence arbitrale du CIRDI en date du 25 février 1988 qui l'a condamné à payer diverses à la SOABI :le juge français souligne dans ses considérants : « *Considérants sur l'appel de l'ordonnance, que l'Etat du Sénégal, en signant la clause compromissoire contenue dans la convention conclue avec la société SOABI et en acceptant de soumettre le litige au tribunal arbitral du CIRDI, s'est engagé à assurer l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose(art.54 de la Convention de Washington) mais n'a pas renoncé à invoquer son droit d'immunité d'exécution en vigueur dans un Etat contractant(art.55 de la convention susvisée). Considérant que l'immunité d'exécution dont jouit l'Etat étranger en France est de principe ; qu'exceptionnellement, elle peut être écartée lorsque les biens sur lesquels doivent porter l'exécution ont été affectés par cet Etat à une activité économique et commerciale relevant du droit privé Par ces motifs : infirme l'ordonnance déférée et, statuant à nouveau : Dit n'y avoir lieu à exequatur de la sentence arbitrale rendue le 25 février 1988 par le CIRDI* » Voir Cour d'appel de Paris, première chambre, section C du 5 décembre 1989 cité par E. Gaillard , J.D.I. 1, 1990 pp.141-146 p.143 et s.

l'objet¹⁰⁹⁶. L'affaire emblématique est celle qui opposa ce pays à l'entreprise norvégienne Atlantic Triton. L'affaire est illustrative de la fréquence des différends relatifs à la rupture de contrat et à la faible capacité de gouvernance contractuelle des pays d'Afrique de l'ouest, mais aussi l'incapacité de la mise sur pied de mécanisme de prévention pour le règlement à l'amiable des différends avant d'en arriver à l'arbitrage. Les faits en présence concernent un accord ministériel entre ce pays d'Afrique de l'ouest et la Société Atlantic Triton le 12 août 1981 concernant l'achat par la Guinée de trois navires de pêche pour une valeur de trois millions de dollars. Juste après le démarrage des navires, ces derniers tombent panne et s'en suit une mésentente sur les responsabilités entre les deux parties. Les moyens de transport maritime utilisés n'ont pas permis d'exécuter le projet du fait de la panne prolongée des navires: « *Les parties n'en ont pas moins décidé de réparer les navires, mais quelques mois plus tard, le 5 avril 1983, Atlantic Triton devrait résilier l'accord de gestion, motif pris du refus de la Guinée de s'acquitter de ses obligations financières. Le différend n'a pu être réglé à l'amiable, Atlantic Triton a saisi le CIRDI d'une requête d'arbitrage le 6 avril 1984 en sollicitant la condamnation de la Guinée au paiement de divers sommes ...s'élevant à un montant global de 895.801 dollars US.* »¹⁰⁹⁷.

482. Malgré les récriminations de la République populaire révolutionnaire de Guinée, le Tribunal arbitral du CIRDI l'a condamné en : « *admettant le bien fondé de la demande de paiement d'une somme de 226.867 dollars Américains en paiement de certains travaux* ». Plus loin encore, le tribunal arbitral a motivé sa décision d'amiable compositeur condamnant la Guinée tout en tenant compte des défaillances de la société Atlantic Triton : « *Il apparaît au Tribunal arbitral que Atlantic Triton n'a pas fait preuve de toute la diligence nécessaire dans l'exploitation des navires, qu'en particulier. Pour l'ensemble de ses raisons exposées ci-dessus, le Tribunal statuant en sa qualité d'amiable compositeur, considère comme équitable de réduire la somme forfaitaire de 100.000 dollars (sur les 344.444 dollars demandés) le solde des honoraires de gestion du par la Guinée à Atlantic Triton au titre de l'exécution du contrat du 12 août 1981* »¹⁰⁹⁸.

La stabilité contractuelle des pratiques d'investissements constitue le maillon faible de l'environnement juridique des IDE en Afrique de l'ouest. Elle concerne un autre pays de la sous région le Libéria à travers l'affaire d'arbitrage *CIRDI ARB/83/2 letco c. Liberia*

c- L'affaire Letco c. Liberia CIRDI n°ARB/83/2 du 31 mars 1986

483. Les différentes affaires tranchées par le CIRDI illustre d'une part la faible protection dont jouisse les investisseurs étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest et d'autre et d'autre

¹⁰⁹⁶ En Afrique de l'ouest : « *La Guinée est la partie défenderesse qui a le plus grand nombre d'affaires d'arbitrage investissement (7 affaires)* » précité p.18

¹⁰⁹⁷ Voir (E.) Gaillard *la jurisprudence du CIRDI* Ed. A. Pedone-Paris 2004 « *Atlantic Triton c. Guinée* » p.219

¹⁰⁹⁸ Voir (E.) Gaillard p.220 ibid

part, la limitation de fait du pouvoir de réglementation des États quand il s'agit de réguler l'investissement en cas d'abus de ou des investisseur(s). Cette absence d'équilibre et la réciprocité des obligations font que toute démarche ou mesure à prévenir le déclenchement d'une procédure d'arbitrage (recours internes, règlement à l'amiable) devienne illusoire et que la seule alternative qui reste entre acteurs, c'est de recourir à l'arbitrage ad-hoc ou institutionnel. *L'affaire LETCO c. Libéria* s'inscrit dans cette perspective. Dans cette affaire, il s'agit de la signature par le Gouvernement du Libéria le 12 mai 1970 d'un contrat de concession sur une durée minimale de 20 ans portant sur l'exploitation et la gestion forestières. Alléguant de la violation de la concession par le gouvernement de ce pays qui a diminué l'étendue de la concession. *LETCO* (une société de droit local dominée par des intérêts français) a- par une procédure déferé le litige à l'arbitrage : « *Le 16 juin 1983, la société de droit du Liberia « Liberian Eastern timber corporation(LETCO) et sa filiale limber industry corporation(LIC) ont saisi le CIRDI d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la violation d'un contrat de concession forestière en date du 12 mai 1970 pour une durée minimale de 20 ans* »¹⁰⁹⁹. Comme dans de pareils cas lorsqu'il est sollicité-, sur sa compétence, sur l'existence d'un consentement écrit de chaque partie à la compétence du Centre et enfin que le différend oppose des acteurs ayant des statuts différents « un État contractant et le ressortissant d'un autre État »-, le Centre vérifie de l'exactitude du consentement qui peut être exprimé de différentes manières- soit à travers une disposition interne(la loi nationale sur les investissements étrangers,- soit une disposition conventionnelle bilatérale) . Néanmoins, en la matière, il faut souligner que l'Etat n'est pas un justiciable comme les autres, par conséquent, il peut apprécier l'opportunité ou non du recours à l'arbitrage. Il peut arriver que le tribunal exige l'effectivité du recours aux juridictions internes. Dans l'affaire *Ickale Insaat Limited Sirketi v. Turkmenistan*, « *le tribunal arbitral a considéré que le TBI conclu entre la Turquie et le Turkménistan exigeait de l'investisseur qu'il saisisse les juridictions de l'Etat hôte avant d'engager une procédure arbitrale. Pour la majorité du tribunal néanmoins...il ne s'agissait là que d'une condition relative à la recevabilité de la demande* »¹¹⁰⁰

484. L'avis du Tribunal arbitral CIRDI sur la question (compétence, consentement et le statut des acteurs relatif au différend) est résumé le professeur E. Gaillard dans son classique sur la jurisprudence du CIRDI : « *Le 24 octobre 1984 le Tribunal s'est prononcé sur sa propre compétence par une sentence partielle par laquelle il a vérifié que les conditions de l'article 25(1) de la Convention de Washington étaient satisfaites. Observant qu'on se trouvait en présence d'un différend découlant directement d'un investissement. Il s'est assuré ensuite de l'existence d'un consentement écrit de chaque partie à la compétence du Centre, qui résulterait de l'article IX du contrat de concession. Il a vérifié enfin que le différend opposait un État contractant et le « ressortissant d'un autre État contractant », ce qui mettait en cause l'application de l'article 25(2) (b) de la Convention* »¹¹⁰¹. La protection des investissements et des investisseurs étrangers exige le respect des obligations convenues dans

¹⁰⁹⁹ Voir (E.) Gaillard dans son ouvrage sur « *La Jurisprudence du CIRDI* » éd. Pedone-Paris 2004 p. 201

¹¹⁰⁰ Voir l'affaire *Içkale Insaat Limited Sirketi v. Turmenistan CIRDI case N°ARB/10/24* sentence rendue le 8 mars 2016 cité par Remy (B) « CIRDI Chronique des sentences arbitrales », J.D.I.-1 2017 p.231

¹¹⁰¹ Voir (E.) Gaillard p.202 ibid

les concessions. Ces pratiques contractuelles ont toujours connu et connaissent des instabilités et des irrégularités manifestes. Dans les cas d'espèce, l'Etat, en vert de ses prérogatives de puissance publique, prend souvent la décision unilatérale de rompre le contrat. Ce qui pose problème de la guerre de prétention sur le bien fondé de la décision entre l'Etat et son cocontractant. Dans le cas du Libéria- par ailleurs pays qui fait de plus en plus l'objet de contentieux arbitraux devant le CIRDI¹¹⁰²- le Tribunal arbitral le bien fondé des prétentions de la *Société LETCO* -qui demandait la condamnation du pays d'Afrique à la somme de 15 millions de \$ à titre de dommages et intérêts- sur le gouvernement du Libéria coupable de par ses agissements d'avoir causé un manque à gagner difficilement compensable pour l'investisseur en l'espèce *LETCO*.

485. Le Tribunal arbitral tout en donnant raison à la société dans ses prétentions a fortement nuancé la sentence dont la teneur est la suivante : « *Le Tribunal reconnaît le caractère inadapté de la réparation en nature et se prononce sur le droit de Letco à voir indemniser aussi bien le *lucrum cessans* que le *damnum emergens*. Le Tribunal, statuant à l'unanimité, a estimé le gain manqué à 8. 095. 904 \$ Américains, dont 4.110. 809 \$ Américains au titre de la période 1992-2007. Le *damnum emergens* causé par la révocation est évalué à 654.382 \$ Américains, y compris les dépenses et les honoraires exposés. Ces sommes portent intérêt au taux Libor à 3 mois, à compter de la date de la sentence.* »¹¹⁰³. L'existence de la garantie juridique de protection par le biais du TBI est certes importante, mais demeure toujours insuffisante quant à la préservation des actifs de l'investisseur étranger face à certaines pratiques et troubles politiques dues au risque pays élevé dans les États africains.

d- L'affaire AMT c. Zaïre CIRDI n°ARB/ 93/1 du 21 février 1997

486. Le Zaïre¹¹⁰⁴ illustre la transition post guerre froide très difficile de certains pays africains. Le Zaïre est l'un des plus grand pays d'Afrique de centrale, qui à l'instar des autres pays come ceux d'Afrique de l'ouest, qui a fait le choix de la politique de la porte ouverte envers les capitaux étrangers avec la mise en place d'un environnement juridique favorable aux investissements et aux capitaux étrangers. Sur ce point, l'arsenal législatif, réglementaire et conventionnel n'est qu'un aspect par mi tant d'autres en ce qui concerne la protection et le traitement des investisseurs étrangers. En effet, plusieurs autres considérations interviennent et concourent à l'existence d'un environnement propice avec les meilleures pratiques. Parmi celles-ci, nous avons la stabilité politique, l'existence de l'Etat de droit, une application non discriminatoire de la loi et une bonne exécution des termes des contrats signés par la puissance publique. Ce pays qui se trouve être, parmi ceux d'Afrique, le plus attrait devant les

¹¹⁰² Voir outre l'affaire *LETCO CIRDI N° ARB/83/2* ; il y a l'affaire « *International trust Company of Liberia c. République du Liberia CIRDI aff. N° ARB/98/3* » ; l'affaire *Diamond Fields Liberia, Inc c. République du Libéria CIRDI aff. N° ARB/11/14*

¹¹⁰³ Voir (E.)Gaillard cité à la p.207

¹¹⁰⁴ Ce pays est devenu depuis 1997 la République Démocratique du Congo RDC lorsqu'une guerre civile-menée par Laurent Désiré Kabila chef rebelle- a vaincu les troupes gouvernementales du président Mobutu Sésé Seko renversé après 32 ans passé au Pouvoir.

tribunaux arbitraux pour des affaires relatives aux investissements¹¹⁰⁵ s'est illustré à travers le tribunal CIRDI à travers l'affaire AMT. Les faits en l'occurrence concernent l'attitude l'Etat zaïroise. Ce dernier a manqué à son devoir régalién qui consiste à offrir assistance, protection et sécuritaire à tout investisseur implanté sur son territoire. Ce qu'il a manqué de faire en étant incapable d'empêcher la destruction et le pillage par l'armée zaïroise –les Forces armées zaïroises- les 23-24 septembre 1991 et les 28-29 janvier 1993 aux biens et installations appartenant à la Société Industrielle Zaïroise(SINZA) société privée à responsabilité limitée. La République du Zaïre a par conséquent manqué à ses obligations de protection prévues par le BIT conclu entre le Zaïre et les Etats-Unis d'Amérique le 3 août 1984 et entré en vigueur le 28 juillet 1989¹¹⁰⁶. La saisine par l'entreprise endommagée du tribunal CIRDI pour engager la responsabilité de l'Etat montre des pratiques fréquentes qui empêchent un cadre législatif et réglementaire sûr que sont l'expropriation indirecte- privation de l'investisseur d'une partie substantielle de son investissement par l'action ou omission de l'Etat d'accueil¹¹⁰⁷ et surtout les difficultés de détermination de l'indemnisation exacte. Malgré les objections du Gouvernement du Zaïre dans la procédure fondée sur

l'irrecevabilité de la demande de la société AMT, il est débouté par le tribunal arbitral qui accepte la recevabilité de la requête en condamnant sur le fond la défenderesse-le Gouvernement Zaïroise à divers dommages intérêts « *à la juste valeur commerciale de toutes les pertes subies par l'investissement de AMT au Zaïre ; à la perte de gain(lucrum cessans) dont AMT aurait dû bénéficier ;et aux intérêts sur les montants ci –dessus à un taux commercial équivalent aux taux internationaux applicables aux transactions en dollars à partir du 23 septembre 1991 jusqu'au jour du parfait paiement.* »¹¹⁰⁸ Les affaires impliquant les pays africains comme partie au différend dans les procédures CIRDI montre une similitude des pratiques et manquements condamnés par le tribunal arbitral- expropriation indirecte et surtout abusive et unilatérale de concession État –entreprise étrangère. Les nombreuses procédures intentées à leur encontre démontrent d'une part une faible capacité de prévention des risques inhérents aux grands contrats d'investissement, une exécution d'assez mauvaise

¹¹⁰⁵ A ce jour dans le contentieux des investissements État et investisseur(s) étranger(s), la RD Congo a fait l'objet de neuf(9) procédures d'arbitrage devant le CIRDI : 1) « CIRDI affaire n°ARB/93/1 American Manufacturing & Trading, c. République démocratique du Congo ; 2) CIRDI affaire n°ARB/98/7 Banro American Resources, Inc. and Société aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. République du Congo ; 3) CIRDI affaire n°ARB/99/7 Patrick Mitchell c. République démocratique du Congo ; 4) CIRDI affaire n°ARB/00/8 Ridgepointe Overseas Developements c. République démocratique du Congo et Général des Carrières et des Mines ; 5) CIRDI n°ARB/03/14 Miminco LLC et autres c. République démocratique du Congo ; 6) CIRDI n°ARB/04/11 Russell Resources International Limited et autres c. République démocratique du Congo ; 7) CIRDI n°ARB/05/21 African Holding Comapany of America, Inc. et Société africaine de Construction au Congo S.A.R.L. c. République démocratique du Congo ; 8) CIRDI n°ARB/10/4 Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafteh-Abou Lahoud c. République démocratique du Congo ; 9) CIRDI n°ARB/10/21 International Quantum Resources Limited, frontier SPRL et Compagnie Minière de sakanian SPRL c. République démocratique du Congo », voir CIRDI « Affaires du CIRDI- Statistiques Numero spécial-Afrique(Mai 2017) [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20web%20Stats%20Africa%20\(french\)%20june%202017.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20web%20Stats%20Africa%20(french)%20june%202017.pdf) consulté le 20 mars 2018

¹¹⁰⁶ Voir Gaillard (E) p.428 ibid.

¹¹⁰⁷ Voir l'affaire *Monsieur Joseph Houben c. La République du Burundi* –CIRDI ARB/13/17 sentence du 12 janvier 2016

¹¹⁰⁸ Voir Décision CIRDI N°ARB 93/1 sentence du 21 février 1997 commenté par Gallaird (E) ouvrage précité p.426

qualité des lois d'investissement, et d'autre part une violation assez récurrente des obligations contenues dans les cahiers de charge de la part de certains investisseurs. Ce qui ne concourt pas à la recherche et à l'objectif de la protection globale des investissements étrangers. Néanmoins, l'Afrique de l'ouest est une zone où la protection des investissements étrangers est en gestation tant les instruments et structures sont en bouleversement, c'est pourquoi, il y a la tentative de légitimité l'arbitrage institutionnel interrégional de la Cour commune de justice de l'OHADA par le biais des TBI.

Ces différentes affaires illustrent le difficile apprentissage de la gouvernance contractuelle des administrations de ces pays dans leurs partenariats avec les entreprises étrangères.

3) L'arbitrage institutionnel de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : naissance d'un modèle d'arbitrage africain dans les TBI ?

487. L'OHADA est une construction juridique et judiciaire interrégionale d'harmonisation des affaires unique dans le monde¹¹⁰⁹. Elle est née d'un besoin : le souci des États d'Afrique de l'ouest et centrale francophone de sécuriser juridiquement les investissements étrangers par la mise en place d'un droit des affaires uniques dans l'ensemble des États membres¹¹¹⁰. Le traité de Port Louis du 17 octobre 1993- créant l'OHADA a mis en place une structure institutionnelle chargée de trancher au moyen juridictionnel les différends entre un État et des acteurs économiques telles que -Grandes entreprises et PME-PMI ou personnes physiques-. La Cour Commune de justice d'arbitrage¹¹¹¹(CCJA)- qui est une originalité du traité de Port Louis, est une grande nouveauté puisque c'est la première fois, que l'Afrique se dote d'une juridiction arbitrale interrégionale chargée de trancher les litiges transnationaux d'ordre économique. La Cour arbitrale OHADA poursuit sa croissance en ayant acquis- après quelques années d'exercice un corps jurisprudentiel relatif aux affaires assez étoffé¹¹¹². De plus en plus certains TBI signés par les pays d'Afrique de l'ouest renvoient- au niveau des clauses de règlement des différends- certes prioritairement au CIRDI, mais aussi et de plus en plus à la compétence arbitrale de la CCJA situé à Abidjan. La CCJA tranche prioritairement et statutairement des litiges d'ordre contractuels. Toutefois, le règlement d'arbitrage s'empresse de préciser que : « *la Cour peut également administrer des procédures arbitrales fondées sur*

¹¹⁰⁹ L'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique est une institution- créée par le Traité de Port-Louis qui vise une intégration juridique via « *actes uniformes* » au niveau commercial. Cette Organisation a un statut unique qu'un auteur africain décrit : « *Cette nature apparente est encore plus renforcée par l'autorité que son droit semble exercer sur celui d'autres organisations de nature semblable, constituées en communautés sous régionales et ayant à ce titre des compétences dans le champ d'activités de l'OHADA.* » Voir S. Doumbe-Bille « A propos de la nature de l'OHADA » pp.423-436 in Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh « droit, liberté, paix, développement », Paris, éd. A. Pedone, 2011 p.427

¹¹¹⁰ L'Organisation interrégionale OHADA -unique en son genre dans le monde en matière d'uniformisation du droit des affaires- compte aujourd'hui 18 pays membres

¹¹¹¹ Dans le Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage(CCJA) : « *exerce ...les attributions d'administration des arbitrages dans le domaine qui lui est dévolu par l'article 21 du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Les décisions de la Cour sont de nature administrative* » Voir « Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage fait à Conakry le 23 novembre 2017

¹¹¹² SD de P. Gerard Pougoue, S. Sorel Kuate Tameghe « *Les Grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA* » éd. L'Harmattan, 2010

un instrument relatif aux investissements notamment un Code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements »¹¹¹³.

488. La cour privilégie l'arbitrage commercial¹¹¹⁴ et méconnaît dans une large mesure, l'arbitrage Etat/investisseur(s) et ses nombreuses spécificités¹¹¹⁵. Oliver Cuperlier note à propos de la spécificité de l'arbitrage interrégional africain que : *« La CCJA a été conçue avant tout comme un centre d'arbitrage commercial, ainsi qu'en témoigne l'article 21 du traité de l'OHADA qui institue un arbitrage en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage et qui désigne expressément les litigants comme des partie(s) à un contrat. Certains auteurs considèrent que cette dimension contractuelle de l'arbitrage, affirmée de surcroît par un traité international, empêcherait la CCJA d'administrer des arbitrages extracontractuels. »¹¹¹⁶.*

489. L'arbitrage OHADA, malgré ses limites a eu une contribution à la protection et à la sécurisation des capitaux dans l'espace africain souvent perçu (avec exagération bien sûr en termes de règlement judiciaire et implantations d'activités) comme très risqué. Pourtant malgré cela, la communauté des investisseurs lui préfère de loin le CIRDI. Cela est dû à plusieurs raisons comme : l'offre sécuritaire au plan juridique et d'efficacité inégale entre le CCJA et l'arbitrage institutionnel international. En effet, le CIRDI bénéficie de l'onction et du prestige diplomatique de la Banque Mondiale, quant on sait l'influence économique et financière de la Banque dans les pays en développement, l'assurance que les décisions arbitrales prises dans le cadre du CIRDI soient exécutées par les États d'Afrique de l'ouest ne se posent pas. Il s'y ajoute la légitimité et la reconnaissance internationale qui se rattachent aux décisions du Tribunal arbitral institué par la Convention de Washington dispensées d'exequatur par conséquent, les voies d'exécution de la décision se trouvent faciliter. Contrairement aux décisions de la CCJA où non seulement il faut un exequatur, mais surtout la circulation et la reconnaissance des décisions judiciaires revêtues de l'autorité de la chose jugée sont difficiles dans le contexte africain. Néanmoins, le principe et la possibilité d'une procédure d'arbitrage à la CCJA d'Abidjan ont été consacrés dans plusieurs textes relatifs aux investissements dans les pays d'Afrique de l'ouest, tel par exemple dans le Code des investissements du Mali selon lequel, *« Le recours à l'arbitrage se fera suivant l'une des procédures ci-après : la procédure de conciliation et d'arbitrage découlant soit d'un commun accord entre les parties, soit d'Accords bilatéraux conclus entre le République du Mali et l'Etat dont l'investisseur est ressortissant ; les dispositions de la Convention du 18 mars*

¹¹¹³ Voir art.2 « mission de la Cour commune de justice et d'arbitrage » fait à Conakry le 23 novembre 2017 www.ohada.org/attachments/article/2291/Reglement-d-Arbitrage-CCJA-2017.pdf

¹¹¹⁴ Pour l'auteur Cuperlier : *« L'arbitrage d'investissement présente des caractéristiques propres qui le distinguent de l'arbitrage commercial. Cette différenciation est principalement due au fait qu'en matière commerciale, les arbitres examinent la bonne ou mauvaise exécution d'un contrat tandis qu'en matière d'investissement, il s'agit de se prononcer sur le comportement d'un État ou de ses émanations, y compris parfois dans leur activité régulatrice ou normative »* Voir (O.) Cuperlier « La protection des investissements dans les pays de l'espace OHADA : un modèle transposable pour une lex mediterranea ? » pp.225-238 in Vers une lex mediterranea des investissements SD de Filali Osman Ed. Bruylant, 2016 p.235

¹¹¹⁵ Voir J. Megam : *« Le régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun »*, Thèse de doctorat de droit, Lyon 3 Jean Moulin novembre 2009 618p.

¹¹¹⁶ Voir O.) Cuperlier p.236 ibid

1965 créant le CIRDI..., l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 par l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) » De même, un autre instrument interne tel que le Code du Togo fait allusion à la possibilité de l'arbitrage régional en affirmant : « Tout différend entre l'entreprise ou l'investisseur et le ou les États d'une part, ou entre États d'autre part, au sujet de l'interprétation ou de l'application du présent Code, qui n'auraient pas pu aboutir à un règlement amiable, pourront être soumis :...e) à la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) »¹¹¹⁷. La pratique arbitrale en matière d'investissement n'a jamais pris en compte certaines spécificités des pays d'Afrique de l'ouest comme le statut de ces pays et certains enjeux liés à l'environnement et à la durabilité. C'est la raison pour laquelle, la protection procédurale des investissements étrangers par voie de règlement arbitral doit prendre en compte de nouvelles perspectives en vue de la protection globale des investissements.

4) Les perspectives de l'arbitrage Etat-investisseur en Afrique de l'ouest sur le fondement des TBI

La procédure arbitrale conçue comme un instrument de protection des investissements et de l'investisseur étrangers est condamnée à la prise en compte de la réalité des États africains comme partie faible dans la procédure d'arbitrage (a). L'arbitrage se trouve devant la nécessité de ne plus ignorer certains enjeux relatifs à l'environnement, la durabilité et la protection de la nature (b).

a- Prise en compte de la réalité des États africains comme partie faible dans la procédure d'arbitrage

490. L'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends a ses avantages¹¹¹⁸ et ses inconvénients¹¹¹⁹. Dans le monde académique, cette technique juridique de règlement des

¹¹¹⁷ Voir article 29 de la Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali, et l'article 8 de la Loi n°2012- 001 portant Code des investissements de la République du Togo. La Loi guinéenne dispose aussi : « les parties peuvent convenir de soumettre le différend ou litige à un tribunal arbitral, dans ce cas, le recours à l'arbitrage se fera suivant l'une des procédures ci-après(entre autres) – l'application de l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 portant règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA » voir article 43 al.2 de la Loi/2015/n°008 du 25 mai 2015 portant Code des investissements de la Guinée.

¹¹¹⁸ L'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends possède une série d'avantages (et ce au niveau interne et externe). Parmi ceux-ci, il y a la souplesse qui permet de ne pas pénaliser la fluidité de l'activité économique, il y a la confidentialité qui est importante pour les milieux d'affaires dans la mesure où cela permet de leur épargner la mauvaise publicité que constitue un procès public avec ce que cela implique comme conséquence négative. L'arbitrage a permis- d'une certaine manière- la « dépolisation » du contentieux de l'investissement international (Ibrahim Shihata) Enfin, dans l'arbitrage institutionnel Etat/investisseur(s) l'avantage c'est qu'il a permis une « reconnaissance juridique internationale » à la personne privée par conséquent sa capacité reconnue d'ester en justice contre l'Etat en cas de pratique discriminatoire contre un investissement.

¹¹¹⁹ L'arbitrage sa principale inconvénient : c'est le dessaisissement régalién de l'Etat d'accueil dans la procédure finale de règlement du litige (une entrave à la Souveraineté judiciaire de l'Etat de juger un opérateur économique établi sur son territoire. Voir Jean-J Roche « L'arbitrage dessaisissement des pouvoirs régaliens ? »

différends incontournables de nos jours dans le monde des affaires local, régional et surtout international, a ses partisans¹¹²⁰ et ses critiques¹¹²¹. La partie ouest du continent africain est interpellée par les débats, bouleversements, crise de légitimité et de croissance qui agite le monde de l'arbitrage Etat-investisseur(s). Olivier Cuperlier donne une analyse détaillée de ces enjeux et bouleversements : « *Victimes de ses récents développements qui amènent l'opinion publique, voire certains Etats, à le voir comme une menace pour les finances publiques, l'arbitrage d'investissement se trouve à la croisée des chemins et doit se réformer pour assurer sa pérennité. Comme l'Afrique est assurément le continent qui a le plus besoin d'investissements pour assurer son développement et dans le même temps celui auprès de qui les investisseurs sont le plus en demande de protection afin de garantir leur investissement, elle ne peut rester à l'écart des débats qui agitent l'arbitrage d'investissement* »¹¹²². Le concept de « partie faible » a trait notamment à la nécessité de se prémunir contre de très lourdes sanctions et condamnations financières dont les pays africains font l'objet et feront sans doute l'objet dans le futur des pratiques d'arbitrage Etat-investisseur(s)¹¹²³.

pp.277-288 in « *Gestion des risques internationaux* » SD de Pascal Chaigneau, Paris, éd. Economica, 2001 p.280. Ensuite, il y a l'argument économique : qui est la cherté insupportable pour les finances publiques des pays en développement de supporter la longueur et les coûts de la procédure « *frais de représentations, répartition des coûts et dommages et intérêts* » (voir H. Hervé « *Les coûts de l'arbitrage d'investissement : un défi à relever pour la justice arbitrale* » pp.193-205 in *l'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement* » éd.A. Pedone, Paris-2015 p.196). Enfin, au niveau interne, l'arbitrage a fini d'avoir les mêmes tares que la justice étatique (lenteur, multiplication et longueur de la procédure et même corruption...)

¹¹²⁰ Alexis Mourre et Julien Fourret se rangent dans la doctrine des partisans en brocardant les pourfendeurs de l'arbitrage : « *Etrange paradoxe qui voit les détracteurs de l'arbitrage entre investisseurs et États confirmant le maxime selon laquelle celui qui veut tuer son chien l'accuse de rage, ressusciter dans la vieille Europe les vieilles lunes de la doctrine Calvo* » voir « *Le chapitre X de l'accord économique et commercial global Canada-Union européenne : une solution équilibrée au débat sur le recours à l'arbitrage dans le règlement des différends entre investisseurs et États ?* » pp.571-590 in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer Liber Amicorum* éd. LGDJ 2015 p.571

¹¹²¹ Parmi les auteurs W. Ben Hamida « *L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions* », AFDI 2005 pp.564-602 p.570, W. Ben-Hamida « *L'arbitrage transnational unilatéral –Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique* », thèse sous la direction de Ph. Fouchard, Paris II Assas 2003. Au niveau des pays : la Bolivie et l'Equateur ont dénoncé et sorti de la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant CIRDI

¹¹²² (O.) Cuperlier « *culture africaine et arbitrage international* » pp.315-324 in « *Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau* » SD de Filali Osman & Ahmet Cemil Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, avril 2016 Ed.LexisNexis SA, 2017 p. 324

¹¹²³ Les lourdes amendes financières à la suite de contentieux concernent plusieurs affaires auxquelles les pays africains font partis : *Dans l'affaire CIRDI Antoine Abou Lahoud et Leila Bounafeh Abou Lahoud c. RD Congo le Tribunal arbitral a rendu une sentence sanctionnant la RD Congo au paiement de la somme de 1.728.194 US dollars ; l'affaire CIRDI SNBG et Société belge Transurb c. État du Gabon le Tribunal a rendu, le 7 mars 2008, une sentence arbitrale condamnant l'Etat gabonais à verser aux sociétés demanderesse une somme de 120.000.000.000 F CFA, soit environ 182.400.000,00 EUR ; dans l'affaire Togo Electricité et GDF Suez c/ La République togolaise(affaire ARB n°06/07. Le litige concernait l'exécution et la résiliation d'une convention de concession de service public national de distribution et de vente d'énergie électrique signée le 5 septembre 2000 entre Togo Electricité et la République togolaise. Le tribunal arbitral a rendu, le 10 août 2010, une sentence arbitrale condamnant l'Etat du Togo au paiement des diverses sommes. Au total, le Togo est condamnée à payer un total d'environ 39. 161.208.549 F CFA, soit 59.525.036,99 EUR. Dans cette affaire, outre la condamnation, le Togo a réglé 80% des frais d'arbitrage, y compris les frais et honoraires des membres du Tribunal contre 20% pour Togo électricité et GDF SUEZ, voir Sylvie B. Ebongo « *L'appréciation des condamnations contre les**

491. La nécessité de la prise en compte de la partie faible de l'arbitrage Etat-investisseur nécessite aussi de mettre l'accent sur la compétence, la probité morale et l'indépendance des arbitres tout au long de la procédure. L'APPI Canada-Nigéria le souligne pertinemment : « *Les arbitres possèdent une connaissance approfondie ou une expérience du droit international public, des règles relatives au commerce international ou aux investissements internationaux, ou du règlement des différends découlant d'accords commerciaux internationaux ou d'accords sur l'investissement international. Ils sont indépendants des Parties et de l'investisseur partie au différend, ne reçoivent aucune instruction de ceux-ci et n'ont aucun lien avec eux* »¹¹²⁴. Outre la crainte financière, il existe une absence de culture d'arbitrage. En effet, l'arbitrage est un mode de règlement des différends traditionnellement très utilisé dans les pays développés (qui ont leur procédure, les cours et juridictions arbitrales aux pratiques très rompues et des arbitres compétents et rompus aux tâches procédurales et à la connaissance des cultures arbitrales. Dans le contexte comme celui des pays d'Afrique de l'ouest -marqué l'adoption des réglementations libérales, ouvertes en matière de traitement et de protection des investissements étrangers, le défi de l'expertise procédurale et de ressources humaines qualifiées se pose avec acuité : « *Il en va des opérateurs économiques qui, souvent publics ou parapublics, négligeaient jusqu'à une période pas si lointaine de se faire assister dans les procédures arbitrales par des conseils ou désignaient des arbitres trop souvent issus de la fonction publique et assez peu rompu aux spécificités du droit du commerce international. En outre, le nombre de pays africains désignaient des arbitres européens ou nord-américains dans le cadre de procédures menées à leur encontre devant le CIRDI auprès duquel d'ailleurs, un certain nombre de pays d'Afrique subsaharienne n'avaient pas même déposé leur liste d'arbitres ou de conciliateurs. C'est ainsi qu'en 2011, les arbitres issus de pays de l'Afrique subsaharienne représentaient environ 2% des arbitres désignés dans des affaires CIRDI* »¹¹²⁵.

492. Aussi, protéger la partie faible¹¹²⁶ dans la procédure d'arbitrage, c'est la protection de l'intérêt général¹¹²⁷ en prévenant les États contre les dérives liées à la sophistication du mécanisme (la complexité toujours accrue des procédures, les éventuels saisies d'actifs, saisies-ventes d'actifs stratégiques et immobilisations d'actifs). Protéger la partie faible consiste à épargner- c'est-à-dire ne plus considérer- certaines formes pratiques (comme les emprunts et la dette) susceptibles d'être considérées comme de l'investissement protégé et, par conséquent susceptibles d'être déférés devant une instance arbitrale ad-hoc ou institutionnel. La nécessité de la prise en compte de la spécificité des pays africains dans la procédure arbitral relatif aux investissements s'impose dans le contexte où ce mode de

États africains dans l'arbitrage international » pp.4-18, Revue Penant n°898 Janv-Fév.-Mars 2017 Revue trimestriel de droit africain p.8 et s.

¹¹²⁴ Voir article 26 « arbitres » de l'APPI signé entre le Canada- Nigéria le 5 mai, 2014, à Abuja au Nigéria

¹¹²⁵ Voir (O.) Cuperlier « culture africaine et arbitrage international » pp.315-324 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » SD de Filali Osman & Ahmet Cemil Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, avril 2016 p.323

¹¹²⁶ Voir « Arbitrage et Partie faible » Colloque du 9 mai 2016, J.D.I.-1 2017 pp.1-55

¹¹²⁷ Voir l'étude de Saida EL Boudouhi « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » pp.542-563 AFDI, 2005-CNRS Editions, Paris p.547

règlement des différends connaît des évolutions pour le moins contradictoire¹¹²⁸ L'arbitrage Etat-investisseur(s) qui concerne les pays d'Afrique de l'ouest- mais aussi tous les pays- doit relever le défi des nouveaux enjeux liés à la durabilité et à l'environnement.

b- Prise en compte des nouveaux enjeux liés à la durabilité et au respect de la nature.

493. Dans « la régulation arbitrale » de l'investissement international¹¹²⁹, les questions relatives à l'environnement, la santé publique et les questions constituent un défi, surtout dans un monde confronté au réchauffement climatique. La question environnementale et la nécessité de son respect sont prises en compte, mais seulement au niveau textuel. En effet, l'arbitrage Etat/ investisseur reste un « îlot » où la responsabilité des investisseurs n'est pas engagée en cas de commission de fautes. Si le financement public multilatéral de projets d'infrastructure dans les pays en développement obéit à des règles, normes et procédurales environnementales, sanitaires et sociales strictes, il n'est pas de même dans le champ matériel des clauses relatives aux règlements arbitral des différends dans les APPI. Sur ce point, il faut dire que le Tribunal arbitral demeure toujours « conservateur » sur les mesures environnementales.

494. Ainsi, dans l'affaire *Compania del Desarrollo de Santa Elena*, les arbitres ont considéré qu'« aussi louables et bénéfiques » que puissent être les mesures environnementales reconnues d'utilité publique, elles n'en constituent pas moins des mesures expropriatrices soumises à l'obligation de compensation intégrale de l'Etat »¹¹³⁰. Néanmoins, cette conception du règlement exclusive de la santé et des préoccupations environnementales est entrain de changer. En effet, dans l'affaire *Philip Morris c. Australie*, le Tribunal a rejeté les prétentions de la firme de tabac américaine qui considérait une mesure de santé publique prise par « l'instauration du paquet de cigarette neutre » comme attentatoire au droit de propriété –expropriation - et nécessite par conséquent une indemnisation. Le tribunal arbitral a eu un raisonnement original en l'espèce la reconnaissance que les mesures prises par le gouvernement de l'Australie dans le but de préserver la santé publique et l'environnement ne constituent en tant que tel des expropriations donnant lieu à une indemnisation¹¹³¹ Dans le

¹¹²⁸ Initialement l'un des grands acquis de l'arbitrage Etat/investisseur(s) c'est la « dépolitisation » de la procédure considérée comme une technique de règlement des différends sans interférence diplomatique(Ibrahim Shihata) Cette phase de stabilisation- adhésion progressive des pays en développement à la Convention de Washington du 18 mars 1965 portant création du CIRDI- et de développement – saisine fréquent et renforcement jurisprudentielle- cède de plus en plus le pas à une phase de « repolitisation » de la problématique du contentieux arbitral (Voir l'avis de E. Gaillard « L'arbitrage international », communication à l'académie des sciences morales et politiques du 17 octobre 2016 cité par Remy (B) CIRDI Chronique des sentences arbitrales JDI -I 2017 p.219

¹¹²⁹ Sur la notion de régulation du droit des investissements par l'arbitre, voir Lankarani (L), « Les investissements internationaux : arbitrage et régulation », Les Petites affiches, 2011, n°119, p.8

¹¹³⁰ Voir CIRDI *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. République du Costa Rica*, sentence du 17 février 2000 aff.ARB/96/, §72 cité par Saidaa El Boudouhi « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », AFDI, 2005 CNRS Editions, Paris, pp.543-563 p.548

¹¹³¹ Voir CIRDI *Philip Morris c. australie* aff. ARB/10/07 sentence du 8 juillet 2016

contexte de réchauffement climatique¹¹³², de la dégradation continue de la nature due à certains investissements étrangers et des investisseurs, il est tout à fait compréhensible pour les Etats- (comme ceux d'Afrique de l'ouest) qui sont en première ligne de ces phénomènes environnementaux néfastes- de prendre les devants en ayant des réglementations protectrices et du milieu naturel, des populations et des investissements étrangers, ce qui n'est pas le cas¹¹³³. Cette volonté d'équilibriste très difficile est analysée par Sylvie B. Ebongo : « *Les États africains qui adoptent des mesures ou des politiques pour protéger les droits humains ou environnementaux, le droit au travail de leurs populations, se trouvent parfois accuser de manquer à leurs obligations internationales de protection des investissements étrangers et peuvent, par conséquent, être lourdement condamnés à indemniser les investisseurs* »¹¹³⁴. Les APPI signés par les pays d'Afrique ne font aucun lien- en matière de clauses de règlement des différends- si le litige en cause concerne un grave problème imputable à un investisseur et ses pratiques. Dans le cadre du rééquilibrage nécessaire des rapports États d'Afrique de l'ouest et investisseurs étrangers la clause environnement et durable doit être au cœur au cœur des textes nationaux, bilatéraux et même des conventions relatives à l'arbitrage¹¹³⁵. L'intervention étatique pour motif environnemental et social ne doit plus être motif ou prétexte à l'investisseur en vue de déclencher unilatéralement la procédure d'arbitrage¹¹³⁶. Par conséquent, la préoccupation environnementale et sociale des pays en développement ne doit plus être ignorée ou négligée par la jurisprudence arbitrale relative à l'investissement étranger.¹¹³⁷

¹¹³² Consécutif à l'émission massive de CO₂, des grands pays industriels, de l'utilisation massive de l'énergie fossile et un mode de vie très dégradante pour la nature et l'environnement. Actuellement, les grandes entreprises et les États pollueurs s'engagent à diminuer la quantité de CO₂. Il faut que l'arbitrage Etat/investisseur s'y mette en sanctionnant les entreprises attirées au Tribunal du CIRDI pour pratiques polluantes : l'arbitrage doit se mettre au « Vert ». N-U : L'article 7 -de l'Accord de Paris du 12 décembre 2015 sur le climat- dispose que : « 1. Les parties établissent l'objectif mondial en matière d'adaptation consistant à renforcer les capacités d'adaptation, à accroître la résilience aux changements climatiques et à réduire la vulnérabilité de ces changements, en vue de contribuer au développement durable et de garantir une riposte adéquate en matière d'adaptation dans le contexte de l'objectif de température énoncé à l'article 2 .»

¹¹³³ Il y a une concurrence massive entre les pays d'Afrique de l'ouest concernant celui qui accorde la protection et le traitement le plus favorables aux investissements et aux investisseurs étrangers. Ces « pratiques » consistant à séduire au maximum les investisseurs, contribuent à maintenir par le bas les enjeux et défis liés « à la fiscalité, à l'environnement, aux normes sociales et aux règles sanitaires etc.)

¹¹³⁴ Voir Sylvie B. Ebongo p. 15 op cit p. 159

¹¹³⁵ C'est la raison pour laquelle, des enjeux environnementaux comme : le réchauffement climatique, la lutte l'énergie fossile polluante, la pollution due aux activités des majors pétroliers, le respect du bien commun, développement durable et l'étude d'impact environnemental etc. Ces enjeux doivent faire l'objet d'une consécration dans les APPI.

¹¹³⁶ Voir Lucie Delabie « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux » pp.136-169 in « *droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » SD de Sabrina R.-Cuendet préface de Brigitte Stern, Paris, Ed. Bruylant, 2017

¹¹³⁷ Sur ce point, il serait nécessaire que l'arbitrage passe au Vert. L'arbitrage vert qui consiste pour les Tribunaux arbitraux (à la suite de l'engagement des grandes firmes transnationales à diminuer l'émission de CO₂) doit s'y mettre aussi. Par conséquent, le temps est venu pour l'arbitrage de prendre en compte le facteur environnemental dans les litiges Etat(s)/investisseur(s).

Conclusion du Chapitre 2

495. La protection des investissements étrangers par les TBI est une suite logique qui marque une internationalisation avancée des règles, principes et normes juridiques. Le traitement libéral, favorable et pro business des investisseurs étrangers constitue une marque essentielle et une option quant aux rapports de partenariat que les pays de la zone ouest africaine entendent nouer avec les investisseurs et pays exportateurs de capitaux. L'étude de la protection de l'investissement par les APPI est intéressante- par rapport à l'aspect interne de la protection- du fait qu'elle consacre une double approche concernant la protection que tout investisseur étranger attend de son investissement. Ces instruments bilatéraux de protection- bien que déséquilibrés- offrent une sécurité juridique renforcée pour les investissements étrangers : La protection substantielle qui consiste à octroyer des avantages et facilités divers pour l'investisseur étranger le tout en les faisant bénéficier du principe-cardinal et central du droit international des investissements qu'est la non-discrimination. L'autre aspect- qui démontre un besoin de renforcer la sécurité juridique, mais surtout judiciaire de l'investissement étranger, c'est l'aspect procédural de la protection. Ce dernier consiste (outre la traditionnelle tentative de règlement à l'amiable) permet à tout investisseur étranger- qui pense que ces droits sur son investissements sont lésés- de saisir par une requête unilatérale l'arbitrage ad-hoc ou institutionnel en vue d'attirer l'Etat pour engager sa responsabilité.

496. La protection internationalisée de l'investissement dans les pays d'Afrique de l'ouest ne protège l'investisseur étranger qu'en amont. En effet, les standards internationaux de protection prévus par les TBI n'éclaircissent, ni ne détaillent le concept « d'investissement protégé » ne se contentant de donner une définition -à travers de modèle préétabli de TBI comme ceux des pays avancés et exportateurs capitaux, la France, Les Etats-Unis, le Canada, la Grande Bretagne et même la Chine maintenant-. Ce qui a pour conséquence souvent la floraison d'affaires d'arbitrage dont le motif principal porte sur la nature du litige : relève t-il d'un investissement dans le sens prévu par le TBI où est-il arbitrable ? Les investisseurs étrangers souffrent aussi -malgré la garantie que constitue pour tout pays la conclusion d'un TBI - de la situation post-investissement dans le pays d'accueil. En effet, la situation post-investissement est constitué d'un ensemble de facteurs comme la mauvaise exécution des lois , règlements arbitraires de la part des administrations publiques nationales et surtout les réglementations surprises. Ceci aboutit à des abus de droit¹¹³⁸ manifestes, à des discriminations et à des harcèlements fiscaux qui témoignent d'un environnement juridique peu sécurisant voire dégradé.

497. De même, la protection internationalisée instaurée par les TBI- à ne protège pas intégralement les pays ouest africains partis. Même si l'essence du droit international public, c'est la Souveraineté et l'égalité en droit et devoir des sujets internationaux, l'instrument conventionnel bilatéral légalise ce que les rapports de force économique ne permettent pas.

¹¹³⁸ Voir (Io.) Prezas « *Standards internationaux de protection des investissements étrangers et abus de droit de l'Etat hôte* », pp.195-222 in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » sd de Sabrina R-Cuendet Préface de B. Stern, éd. Bruylant Goupe Larcier S.A., 2017 p. 204

D'où la difficulté éprouvée par les pays ouest africains à obtenir l'effectivité de la protection globale des investissements étrangers. C'est la raison pour laquelle, le défi des instruments bilatéraux de protection c'est de protéger de façon plus globale la partie faible -que sont les États africains- contre une forme de protection unilatérale de l'investisseur par plusieurs complications. Au niveau substantiel : rééquilibrer le fonctionnement du principe de non discrimination afin que ça ne profite plus exclusivement aux investisseurs étrangers comme c'est le cas actuellement. La protection globale doit consacrer la réciprocité des avantages pour les secteurs privés des pays d'Afrique de l'ouest et de leurs partenaires concernés. L'autre protection, c'est d'atténuer aussi « la complexité procédurale en matière d'arbitrage Etat-investisseur impliquant les pays d'Afrique de l'ouest. La complexité dont il s'agit ici est : le déclenchement immédiat, la complexité et la cherté de plus en plus des procédures d'arbitrage ad hoc ou institutionnel, le nécessaire listing de la notion double d'investissement protégé susceptible d'être protégé et par conséquent référables devant un Tribunal arbitral, et la catégorie d'investissement qui ne le serait pas, pour éviter les multiplication et les abus de procédures contre le/s Etat(s) qui auront du mal à faire face à d'éventuels sanctions au plan financier.

Conclusion du Titre 2

498. La protection des investissements étrangers en Afrique de l'ouest suppose des facilités, des préférences et surtout des garanties juridiques accordés aux investissements et investisseurs étrangers par tous les pays qui ont pris l'option de la « sécurité juridique et judiciaire » des capitaux étrangers. Le choix de la protection juridique s'est matérialisé par l'octroi de larges droits accompagnés d'obligations des investisseurs étrangers qui se trouvent dans tous les instruments de ces pays. Le modèle a permis de sécuriser juridiquement les investissements et les investisseurs étrangers, mais globalement, dans la mesure où les intérêts des États dans certains aspects comme la fiscalité n'ont pas toujours été respectés par les entreprises étrangères qui s'implantent dans les pays de la sous région.

499. L'autre facette de la protection des investisseurs étrangers- qui montre une volonté de la protection qui montre une volonté réaffirmée de tous les États d'accueil de se conformer à l'Etat de droit, c'est l'importance accordée à la protection privée et à sa protection. En dernière étape de la protection : il y a dans tous les textes internes relatifs aux investissements étrangers, la nécessité de traiter de façon identique les investisseurs étrangers et ceux nationaux (plus de globalité de la sécurité entre acteurs)¹¹³⁹. Le Code des investissements de la Côte d'Ivoire prévoit dans son article 6 « Sans préjudice de la politique nationale de promotion de l'entrepreneuriat national, les personnes physiques ou morales de nationalité ivoirienne. L'application du principe d'égalité de traitement se fait dans le respect des dispositions des Traités et Accords conclus par la Côte d'Ivoire »¹¹⁴⁰ Perçus comme très risqués, les pays d'Afrique de l'ouest ont toujours eu pour préoccupation de rassurer, persuader les investisseurs potentiels de la sécurité juridique et judiciaire de leur environnement. Ceci a poussé ces derniers à prémunir les entreprises étrangères s'implantant localement contre toute mesure ou pratique dont l'effet est de les déposséder de leurs actifs et biens sans indemnisation en bonne et due forme.

500. La protection « localisée » par le biais des Codes a donné une série de garanties qui a été accentuée par la protection internationalisée à travers l'instrument très prisé que sont les APPI. En vue de rassurer au plan externe la communauté des investisseurs étrangers, les pays de la sous région ouest africaine ont signé et ratifié plusieurs instruments bilatéraux en vue de rendre l'environnement juridique attractif et diminuer ainsi la perception du risque très élevée aux yeux des investisseurs étrangers concernant l'Afrique en général et l'Afrique de l'ouest en particulier. Dans le cadre de cette protection internationalisée, l'objectif est d'encourager et de protéger réciproquement les investissements par l'octroi de principes et d'avantages au plan substantiel et procédural.

¹¹³⁹ Toutefois, dans beaucoup de textes, cette volonté de non discrimination dans la protection est accompagnée d'une exception par « *De mesures nationales visant à promouvoir l'entrepreneuriat national peuvent cependant, déroger valablement au principe posé au premier alinéa du présent article, et ce, sans préjudice des engagements internationaux de la République de Guinée, relatifs au principe d'égalité de traitement des investisseurs.* » Voir article 10 de la Loi L/2015/N° 008/AN du 25 mai 2015 portant Code des investissements de la République de Guinée.

¹¹⁴⁰ Voir art. 6 de l'Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant code des investissements en Côte d'Ivoire

501. La protection internationalisée à travers les TBI conclus par les pays de la sous région présente deux dimensions : la dimension substantielle qui consiste à réaffirmer la dimension non discriminatoire réciproque de la protection à travers les principes cardinaux qui structurent le droit des investissements internationaux. Il y a aussi la dimension procédurale qui consacre la nécessité de régler les différends à l'amiable et par des moyens diplomatiques et pacifiques. Surtout qu'ici, cette dimension a fini de consacrer en bonne et due forme l'arbitrage comme mécanisme de règlement des différends au cas où le litige se prolonge (généralement plus de six-mois). Cette protection pose beaucoup d'enjeux et défis qui ne se limitent pas seulement aux pays d'Afrique de l'ouest. La protection par le biais des APPI – malgré les progrès certains- est insuffisante dans la mesure où le facteur environnemental -de nos jours crucial en fonction du réchauffement climatique et de la dégradation continue de la nature- est timidement pris en compte -ceci pose la question de la dimension environnementale de la protection de l'investissement étranger. Ceci témoigne d'un modèle de protection juridiquement sécurisant pour les investisseurs étrangers et non pour les États qui sont contraints de se concurrencer sur la variable environnementale pour accueillir plus d'investissements. De même que l'arbitrage -ad-hoc ou institutionnel- a intérêt à se réinventer pour prendre en compte tous les volets et aspects liés à la protection de l'investissement. Le droit de l'investissement a tellement évolué que les tribunaux continuent à ignorer les enjeux essentiels qui se passent dans le monde sur le plan social, sanitaire et environnemental et ce, au plan national, communautaire et surtout international. La protection dans le contexte ouest africain prend une tout autre tournure avec l'émergence d'une autre forme de protection qui est la protection communautarisée.

Conclusion de la première partie :

502. L'étude sur cette partie se veut un regard et une revisite des règles, principes au niveau national mais aussi international sur la protection juridique des investissements étrangers dans des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest. La démarche a été de décrire, d'analyser et surtout de démontrer l'adhésion initiale à la vision du Nouvel ordre économique à travers les différentes Résolutions pertinentes progressistes dégagées dans le cadre des Nations-Unies pour l'instauration d'un monde plus juste et des relations Nord-Sud beaucoup plus apaisées et équilibrées¹¹⁴¹. Comme la « protection juridique » des investissements a toujours été « pragmatique » et non idéologisée dans les pays de la sous région, ces derniers n'ont pas hésité à adhérer aux différents cadres juridiques internationaux et sectoriels que sont le CIRDI instauré par le Traité de Washington du 18 mars 1965 et le Traité de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'AMGI. Ces deux Conventions consacrent un cadre juridique de protection sectorielle des investissements étrangers dans les pays en développement en général et ouest africains en particulier par le biais de la sécurisation procédurale de l'investisseur et la garantie juridique contre le risque élevé. Ces Conventions négociées et ratifiées sous l'égide de la Banque Mondiale¹¹⁴², ont été des instruments de protection et de promotion aux yeux de la communauté des investisseurs étrangers. En ce sens que l'arbitrage est un mécanisme de règlement des différends différents de la justice étatique, mais mieux, il est considéré comme un instrument de garantie contre l'insécurité judiciaire dans les pays d'implantation de l'investisseur étranger.

503. L'autre procédé de sécurité juridique a été la Convention de l'AMGI¹¹⁴³ qui a été d'un grand apport d'une grande contribution dans l'assurance contre le risque et sa perception dans des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest où la conflictualité très élevée. L'expérience des

¹¹⁴² La Banque internationale pour la reconstruction et le développement(BIRD)issue des Accords de Bretton Woods Juillet 1944 entré en vigueur le 27 décembre 1945 a pour objectif –entre autres- « *favoriser les investissements privés à l'étranger et, à défaut de capitaux privés disponibles à des conditions raisonnables, compléter les investissements de caractère privé en accordant des crédits à des fins productives* ». Outre cet objectif de financement de projets et d'assistance des pays en développement, la Banque Mondiale a servi d'enceinte de négociation de traités internationaux pertinents et sectoriels concernant les IDE : sur le plan de l'arbitrage institutionnel (*Convention de Washington du 18 mars 1965 portant création du CIRDI*, entrée en vigueur le 14 octobre 1966 ; la *Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant création de l'AMGI* entrée en vigueur le 12 avril 1988 après l'adhésion de 29 membres . La dernière Convention- non obligatoire-(qui porte sur le Régime général des investissements étrangers) est les « *Principes Directeurs pour le traitement de l'investissement étranger* » Banque Mondiale, 21 septembre 1992

¹¹⁴³ Dont le préambule de l'Accord affirme : « *Convaincus de l'importance du rôle que pourrait jouer dans la promotion des investissements étrangers une Agence Multilatérale de Garantie des Investissements dont l'action viendrait s'ajouter à celle des organismes nationaux et régionaux de garantie des investissements et des assureurs privés contre les risques non commerciaux* ». L'article 11 « *risques assurés* » dispose que « *L'Agence peut garantir les investissements admissibles contre les pertes résultant d'une ou de plusieurs des catégories de risque ci-après i) Risque de transfert ; ii) Expropriation et autres mesures analogues ;iii) Rupture de contrat ; iv) Conflits armés et troubles civils...* »

cadres juridiques internes renseigne beaucoup sur les objectifs des politiques d'accueil, de traitement et de la protection de l'investissement étranger. Le traitement des investissements dans cette partie de l'Afrique n'est que la suite d'un long pragmatisme. C'est ce qui à l'adoption du cadre juridique interne innovant et protecteur (nouveau Code¹¹⁴⁴ des investissements qui marque une volonté politique solide et réaffirmée de l'accueil et du traitement préférentiel de l'investissement et des investisseurs étrangers. Et au niveau externe, la démarche de la protection a consisté à souscrire à des traités Bilatéraux communément appelés APPI¹¹⁴⁵. Ces instruments ont constitué et constituent le cadre juridique positif internationalisé de la protection dont ce travail de recherche s'est beaucoup appesanti.

504. La première partie de l'étude montre que le comportement des pays africains vis-à-vis de l'investissement international est dénué de tout fondement idéologique. En effet, contrairement au pays asiatiques qui ont eu à adopter un cadre juridique privilégiant les Joint-ventures pour le transfert et le captage de la technologie étrangère et les pays latino américains qui ont toujours été d'un « nationalisme judiciaire » par le biais de la doctrine Calvo- qui prône la compétence du droit local et des juridictions nationales pour connaître de tout litige entre un État et une entreprise étrangère, les pays d'Afrique de l'ouest ont toujours été pragmatiques. Ils ont adopté initialement les normes du NOEI et en même temps ont voulu adopter un cadre juridique très favorable aux IDE. Le moteur principal des textes législatif et réglementaire relatif a été l'adaptation et l'incitation à un environnement juridique attractif. Par conséquent, la protection a été ouvertement libérale dans les pays de la sous région ouest africaine. Toutefois, si le cadre juridique s'est toujours efforcé de protéger les investisseurs étrangers par un traitement préférentiel et non discriminatoire ; il n'en demeure pas moins que cette protection demeure (malgré les progrès réels) ineffective c'est-à-dire non global.

505. La globalité de la protection doit viser une sécurité collective pour les deux acteurs. Ce qui n'est pas toujours le cas. En effet, la « sécurité de la protection » n'ait effective qu'en partie pour l'investisseur étranger : ce dernier souffre de la mauvaise exécution des lois, d'une discrimination en aval par le biais d'un mauvais cadre de régulation des activités post investissement et une fiscalité sur les sociétés par ailleurs assez lourde pour certains investisseurs. De même la « sécurité de la protection » n'est aussi- par contre pas effective pour les pays de la sous région accueillant des IDE du fait de « discrimination à l'envers » contre les entreprises locales défavorisées par le cadre juridique au profit des investisseurs étrangers –perçus comme ultra protégé-, de l'inexistence d'une forme d'investissement

¹¹⁴⁴ Les instruments juridiques internes de protection –communément appelés « Code » ont pour objet (résumé par le Texte du Niger) « de favoriser le développement des activités socio-économiques en stimulant l'investissement en République du Niger. Elle définit les différents régimes permettant la mise en œuvre des investissements, détermine les garanties et avantages ainsi que les obligations qui s'y rattachent » Voir article premier de la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant *Code des investissements* en République du Niger

¹¹⁴⁵ Les APPI illustrent l'internationalisation du cadre juridique relatif à la protection des investissements entre pays exportateurs de capitaux et pays importateurs. Ces textes conventionnels bilatéraux signés par les pays d'Afrique de l'ouest continent un ensemble de règles, normes et principes de protection tels : « *Protection et promotion des investissements ; Traitement des investissements ; Expropriation et indemnisation ; Dédommagement pour pertes ; Transferts ; Subrogation et Règlement des Différends relatifs aux investissements..* » Voir l'exemple tiré de l'*Accord entre le Gouvernement de la République du Sénégal et le Gouvernement du Royaume du Maroc sur l'encouragement et la Protection réciproques des investissements*, signé à Dakar, le 15 novembre 2006

consacrant les Coentreprises (entre investisseurs et partenaires locaux) etc. La protection prend un accent communautarisé dans le cadre de l'intégration de la sous région ouest africaine sous l'égide de l'organisme communautaire qu'est la CEDEAO.

DEUXIEME PARTIE : L'émergence de la protection communautarisée et institutionnalisée des investissements et les nouvelles techniques nationales d'attraction des pays d'Afrique de l'ouest

506. L'investissement international (traitement, protection et promotion) dépasse largement le cadre de la souveraineté d'un ou des Etat(s). Le concept a subi une évolution à double sens : en amont, la protection fait intervenir beaucoup de structures, Organismes et ce, au niveau national, international (ces interventions sont traditionnelles) et récemment communautaire. Ce triple intervention pose beaucoup de défis à savoir quel est le meilleur régime, le plus approprié pour une protection efficace, globale et équilibré entre les États et les investisseurs étrangers ? Cette équation juridique et institutionnelle est d'autant plus complexe que le concept même d'investissement a subi une évolution en aval difficile à cerner au niveau de ces contours, des secteurs économiques d'intervention. Malgré la tentative de définition par les textes et de la jurisprudence arbitrale internationale, l'investissement demeure encore du point de vue juridique un concept difficile à saisir.

507. Ceci pose problème quant au périmètre du concept « d'investissements protégés » susceptible d'être déféré au Tribunal arbitral et ceux qui ne le sont pas. Cette élasticité du concept (héritée de la Convention de Washington du 18 mars 1965)¹¹⁴⁶ pose problème quant aux risques éventuels de la multiplication des procédures envers l'Etat d'accueil. L'investissement étranger- par conséquent sa protection- est devenu l'affaire d'une communauté institutionnelle au niveau Communautaire, mais aussi au niveau international. Cette irruption de ce modèle de protection à double étage- au niveau communautaire et l'implication de plus en plus étroite des Organisations économique internationales- atténue implicitement et de fait les souverainetés de l'Etat d'accueil en quelque sorte. La protection communautarisée des investissements vise selon le traité de la CEDEAO un objectif développementaliste revendiqué : « 1 *La communauté vise à 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 les États Membres et de contribuer au progrès et au développement du continent africain* »¹¹⁴⁷. L'implication de plus manifeste des Organisations d'intégration communautaire est devenue une tendance internationale¹¹⁴⁸ - amorcée par le

¹¹⁴⁶ Voir article 25 parle « *aux différends d'ordre juridique entre un État contractant(ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relations directe avec un investissement...* » Ce qui laisse une marge de manœuvre et une possibilité au Tribunal arbitral pour qualifier (d'investissement ou non) les affaires en espèce sans être lié par le « *précédent* »

¹¹⁴⁷ Voir article « *Buts et objectifs* » du traité révisé de la CEDEAO le 24 juillet 1993 à Cotonou (Bénin) Texte publié par le Secrétariat exécutif de la CEDEAO Abuja-Nigéria N.B. Le Traité originel portant création de la Communauté Economique des États de l'Afrique de l'Ouest(CEDEAO) -avant l'amendement de 1993- a été signé à Lagos(Nigéria) le 28 mai 1975

¹¹⁴⁸ Voir Nikiema H. S. « *l'expropriation indirecte en droit international des investissements* », Paris éd. PUF 2012 p.347-353

précédent de l'Union Européenne¹¹⁴⁹- et qu'on rencontre dans les autres Organisations Régionales africaines¹¹⁵⁰.

508. La régulation juridique de l'investissement étranger voit intervenir traditionnellement certaines Organisations économiques et financières internationales comme la Banque Mondiale. Cette Institution financière est au cœur de l'investissement étranger dans toute sa dimension dans les pays en développement et particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest. Son rôle de protection juridique de l'investissement (par le biais de l'arbitrage et de la garantie contre les risques) n'est plus à démontrer. Elle ajoute- outre la protection- une dimension d'intermédiation (par le biais des ses filiales), mais surtout d'études, de suivi et de mesures de la performance des réglementations relatives à l'environnement des affaires dans les pays du monde particulièrement ceux d'Afrique. Le dernier aspect, c'est aussi de démontrer les techniques juridiques novatrices de protection par le biais des partenariats publics privés PPP face aux nouveaux enjeux multiples liés à l'investissement dans les pays de la sous région ouest africaine. A la lumière de ce qui précède, il sera question de la volonté d'harmonisation de la protection substantielle communautaire des investissements dans une zone comme la CEDEAO (Titre 3), avant d'analyser les mutations de la protection à savoir l'émergence de nouveaux acteurs et cadres institutionnels et de protection des investissements étrangers en Afrique de l'ouest.

¹¹⁴⁹ Le charbon et l'acier (Traité de Paris du 18 avril 1951) ont été le fer de lance de la reconstruction et l'amorce de l'unité politique des pays d'Europe détruits après la 2^e Guerre mondiale (1939-1945). Décivant la genèse de la CECA, l'auteur émérite Jean –Claude Gautron note que : « *Les origines de la CECA se trouvent dans la déclaration de J. Monnet et la célèbre conférence de R. Schuman en date du 9 mai 1950 ; il s'agissait de fonder la réconciliation franco-allemande sur la constitution d'un marché unique européen portant sur le charbon et l'acier. Le marché commun du charbon et de l'acier devait préparer une union politique plus large. Le projet fut refusé par le gouvernement travailliste anglais, hostile à un traité jugé trop libéral sur le plan économique et contraignant sur le plan politique* ». Voir J.C. Gautron « *Droit européen* », Paris, éd. Dalloz -14^e édition 2012 p.71 ; Voir la « *Déclaration Schuman du 9 mai 1950 in « Relations internationales Grands textes politiques et juridiques* » Sd. de Louis le H. de Beaulieu éd. Anthemis s.a 3^e édition 2017 pp. 60-62 Ce traité est complété par d'autres qui ont accompagné la mise en place progressive de la construction européenne : Le traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne dont l'article 3 dispose dans son al.3 que : « *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibré et sur la durabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique ...* » voir article 3(ex article 2 TUE) du traité sur l'Union européenne fait à Maastricht, le sept février de l'an mil neuf cent quatre-vingt-douze ibid p.247

TITRE 3 : La volonté d'harmonisation de la protection substantielle communautaire des investissements au niveau de la zone CEDEAO

509. Devant les difficultés des cadres juridiques nationales relatifs aux investissements à assurer une protection optimale et efficace des investissements et des investisseurs étrangers, les Pays d'Afrique de l'ouest ont opté par une volonté résolue d'harmoniser les règles et normes relatives au traitement de l'investissement. Cette volonté s'inscrit dans un souci de renforcer le futur marché commun par la consécration des libertés¹¹⁵¹, la consécration de la sécurité juridique¹¹⁵², la volonté d'atténuer la concurrence des États pour l'accueil des investissements étrangers et enfin renforcer l'ultime étape qu'est l'intégration économique et politique effective des pays de la sous région d'Afrique de l'ouest. La volonté d'harmonisation des cadres législatifs et réglementaires en Afrique de l'ouest s'inscrit dans un mouvement mondial vaste qui pousse en faveur des regroupements régionaux, une solution régionale au problème de développement dans un contexte de crise des Etats-Nations et d'une mondialisation de plus en plus concurrentielle¹¹⁵³.

510. Le regroupement communautaire traduit aussi la nécessité d'une plus grande solidarité des acteurs de la zone par le biais de l'investissement étrangers et des investissements frontaliers¹¹⁵⁴. En la matière, l'Union Européenne-qui est par ailleurs le modèle juridique et institutionnel qui a fait des émules à travers le monde-¹¹⁵⁵ montre qu'ont peut aller plus loin

¹¹⁵¹ Il s'agit de la réalisation- des quatre libertés traditionnellement communes à toute Organisation qui ambitionne une intégration à terme- par la « *suppression totale de tous les obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux et des services ainsi qu'au droit de résidence et d'établissement* » voir article 55 « réalisation d'une union économique et monétaire » du traité révisé de la CEDEAO Fait à Cotonou(Bénin), le 24 juillet 1993

¹¹⁵² Elle se traduit par une volonté d'harmoniser ou à terme d'uniformiser les règles relatives à la protection des investissements dans les pays de la sous région. Une loi régionale commune des investissements ou des lois et règlements harmonisés peuvent permettre aux investisseurs étrangers et communautaires de mieux connaître, comprendre et agir avec les lois qui régissent leurs activités. Voir sur ce point, Abarchi (Dj.) « Sécurité juridique et enjeux normatifs en Afrique de l'Ouest dans le domaine du droit des affaires » pp. 315-331 où l'auteur pose la problématique de la faisabilité, de la cohérence et des difficultés réelles de la sécurité normative des affaires en Afrique de l'ouest dans le contexte de cohabitation de trois Organisations qui s'occupent de l'intégration : CEDEAO , UEMOA et OHADA, in « *La Concurrence des Organisations régionales en Afrique* » SD de M. Fau Nougaret Paris éd. L'harmattan, 2012 p.322

¹¹⁵³ Voir l'aspect commercial de la concurrence voir Tomkiewicz (V) « La Place des entreprises multinationales dans l'OMC » pp.179- 200 in SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes-St Denis « *L'entreprise multinationale et le droit international* », Paris éd. A. Pedone 2017

¹¹⁵⁴ L'article 27 dispose : « *Les États d'origine doivent faciliter les investissements transfrontaliers vers d'autres États de la Communauté. Ladite assistance correspond aux buts et priorités de développement des pays d'implantation desdits investissements. Elle peut inclure, notamment, ce qui suit : a) le renforcement des capacités des administrations et programmes de l'Etat d'accueil en matière de promotion et de facilitation de l'investissement ; b) les programmes d'assurance fondés sur des principes commerciaux ; c) le transfert de technologie ; et d) les missions commerciales périodiques, le soutien des conseils commerciaux conjoints et autres efforts coopératifs de promotion des investissements durables.* » de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

¹¹⁵⁵ Cet aspect mimétique est particulièrement vrai et visible en ce qui concerne l'Afrique où l'Organisation continentale qu'est l'Union Africaine et les Organisations sous régionales reprénnent les strctures, modalités et le fonctionnement inspirée par l'Union européenne. Par conséquent, à l'état actuel du processus d'intégration on ne peut parler-malgré les spécificités africaines- d'un droit communautaire africain. Mais si Seydou Nourou Tall semble infirmer ce propos réducteur et minimisant sur le droit communautaire africain en soulignant : « *Les différentes communautés d'intégration économique ou juridique africaines, en partageant quelques similarités*

en matière de protection et de promotion de l'investissement¹¹⁵⁶, mais une Organisation comme l'UE se protège aussi de certaines formes d'investissements¹¹⁵⁷. La volonté d'aller plus loin et de conforter la solidarité communautaire se traduisent doublement par des soucis politiques : *« l'intégration des États membres en une Communauté régionale viable peut requérir la mise en commun partielle et progressive de leur souveraineté nationale au profit de la Communauté dans le cadre d'une volonté politique collective »*¹¹⁵⁸, ; mais aussi des nécessités économiques, à savoir l'obligation pour les pays d'Afrique de l'ouest de la *« nécessité de relever ensemble les défis politiques, économiques et socio culturels actuels et futurs et de mettre en commun les ressources de nos peuples dans le respect de leur diversité en vue d'une expansion rapide et optimale de la capacité de production de la région... que l'objectif final est le développement économique accéléré et soutenu des États membres , aboutissants à l'Union économique des pays de l'Afrique de l'Ouest »*¹¹⁵⁹.

511. Prenant conscience des nombreux obstacles tarifaires et non tarifaires en matière de commerce intra régional, et prenant conscience de l'hétérogénéité des environnements législatifs et réglementaires relatifs aux affaires, les pays de cette partie de l'Afrique sont résolus à rendre uniforme-à terme- le cadre juridique des investissements. Cela traduit la volonté de communautarisation de la protection à travers l'acte additionnel portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au

par la commune source d'inspiration européenne, s'en dissocient par les nombreuses originalités structurelles et normatives qui constituent le reflet de leurs objectifs différenciés et de la versalité des choix politiques du moment. En fait, on aurait tort de réduire le droit communautaire africain en une sorte d'ersatz du droit européen auquel il est souvent comparé » Voir Tall S.-N « *Droit des organisations internationales africaines Théorie générale droit communautaire comparé droit de l'homme, paix et sécurité* », Paris, éd. L'harmattant, 2015 p.149

¹¹⁵⁶ Depuis le traité de Lisbonne Bruxelles la Commission est compétente pour négocier les traités commerciaux et d'investissement selon l'article 3 al.2 du TFUE *« L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue par un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne... »*

¹¹⁵⁷ L'UE est une zone de haute sécurité en matière de traitement et de protection des investissements. Néanmoins, les relents protectionnistes et les listes négatives se multiplient non pas pour encourager les IDE, mais pour s'en protéger maintenant. Allusion est faite ici à la volonté de certains grands pays de l'UE-France, Allemagne et l'Italie- de contrôler les IDE (achats d'entreprises ou participation dans le capital de celles-ci dans les secteurs dits stratégiques). Ainsi à *« l'initiative du président Emmanuel Macron, le Conseil européen des 22 et 23 juin 2017 a demandé à la Commission européenne d'étudier cette question. Certes les investissements étrangers que reçoivent les États membres sont encore largement intra- européens. Certes, le premier investisseur étranger dans l'UE demeure les États-Unis (41% des stocks européens d'IDE venant de pays tiers. Mais la forte augmentation des IDE chinois(plus de 90% entre 2015 et 2016) attire l'attention sur les cibles... associées à la multiplication de rachats d'actifs stratégiques européens qui ont eu lieu ces dernières années(Port du Pirée par l'armateur chinois Cosco, réseau de distribution électrique portugais par l'entreprise chinoise State Grid, 49% de l'aéroport de Toulouse par le chinois Casil Europe exigent plus d'anticipation des risques encourus à moyen terme avec la perte de contrôle dans les secteurs stratégiques liés ou non à la sécurité nationale(énergie, télécom, transport, distribution d'eau et santé »* voir Elvire Fabry « Protéger sans protectionnisme » dans Tribune lemot 6 juillet 2017 Institut Jacques Delors Notre Europe p.1 www.institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/protégersansprotectionnisme-fabry-lemot-juillet2017.pdf?pdf=ok consulté le 10/05/2018

¹¹⁵⁸ Voir traité de la CEDEAO du 28 mai 1975 (Lagos) Nigéria révisé le 24 juillet 1993 à Cotonou (Bénin) dans son *Préambule*

¹¹⁵⁹ Voir *Préambule* du Traité de la CEDEAO du 28 mai 1975 révisé à Cotonou le 24 juillet 1993

sein de la CEDEAO ¹¹⁶⁰ (Chapitre 1). De même, la volonté d'unificatrice se traduit aussi par le renforcement de la Communautarisation et l'harmonisation de la protection dans le cadre des investissements extractifs (Chapitre 2).

¹¹⁶⁰ Cet instrument est la pierre angulaire du dispositif juridique de protection des investissements au plan communautaire et de la communautarisation des investissements. Selon l'article 4 : Champ d'application (1) Le présent Acte additionnel s'applique à tous les investissements réalisés par un investisseur, que l'investissement soit réalisé avant ou après son entrée en vigueur. (2) Le présent Acte additionnel s'applique à toute mesure prise ou maintenue par un État Membre, après l'entrée en vigueur dudit Acte par un organe gouvernemental de l'État d'accueil ... » Alors que l'article 42 « *Entrée en vigueur* » dispose que : « *1. Le présent Acte additionnel entre en vigueur dès sa publication. En conséquence, 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.* 2 Le présent Acte additionnel est annexé au Traité de la CEDEAO dont il fait partie intégrante. » Voir Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO APPENDICE III « *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* » Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

**Chapitre 1 : La communautarisation de la protection par l'acte additionnel
A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement
et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO**

512. Les pays d'Afrique de l'ouest- prenant conscience des insuffisances et des difficultés liées à un environnement juridique protecteur de l'investissement- sont résolus à harmoniser les différentes législations par l'adoption de différents textes communautaires¹¹⁶¹. L'Afrique de l'ouest est une zone particulière où les difficultés de la construction de l'intégration se heurtent à un manque de volonté politique, mais aussi et surtout, il y a le facteur lié à la pluralité linguistique¹¹⁶² et la différence de production au niveau normatif¹¹⁶³. Ces différentes difficultés, obstacles et la nécessité de s'en affranchir, pour réaliser l'intégration économique et même politique, sont évoqués par le ministre du Nigéria chargé de l'économie qui a fait le parallélisme avec l'Europe :

« Nous sommes aujourd'hui, ici pour détruire le mythe qui veut que les différences linguistiques, culturelles et le niveau de développement économique rendent nécessairement impossible l'achèvement de la significative coopération en Afrique de l'Ouest. Des précédents peuvent nous guider. C'est un fait historique qu'après la Seconde Guerre Mondiale, les pires ennemis comme l'Allemagne et la France, sont entrain de travailler ensemble sous le couvert de la CEE. Un pays relativement petit comme le Luxembourg est en train de coopérer également avec des géants comme la France et l'Allemagne. Dans la CEE, il y a plusieurs langues, 9 environ, et ces pays ne présentent pas moins d'hétérogénéité culturelle...Aujourd'hui, la CEE constitue le regroupement économique le plus prospère de par le monde entier parce que ses membres ont appris à partager leurs connaissances technologiques et scientifiques qui ont accéléré leur connaissance économique »¹¹⁶⁴.

¹¹⁶¹ Il s'agit d'instruments communautaires relatifs à l'harmonisation du droit communautaire généraux des investissements par « 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 » du 19 décembre 2009 Abuja(Nigéria),

¹¹⁶² La CEDEAO est une Organisation Communautaire d'Afrique de l'ouest créée par un traité signé à Lagos(Nigéria) le 28 mai 1975 révisé à Cotonou(Bénin), révisé le 24 juillet 1993. Elle est composée de quinze(15) pays dont 8 pays francophones, 5 pays anglophones et un pays lusophone-la Guinée Bissau par ailleurs très francophile. Cet aspect linguistique loin d'être un handicap- si la volonté politique d'aboutir à une intégration économique est réelle et résolue- a tendance à servir plus d'obstacle que d'atout dans des pays qui ont tout à gagner en s'intégrant et unissant leurs forces.

¹¹⁶³ Cet aspect de différence normative et d'organisation institutionnelle est à souligner parmi les pays de la sous région ouest africaine : les pays de tradition juridique française sont des États unitaires centralisés marqués par une unicité organisationnelle- centralisation politique et administrative- et la loi votée est unique et applicable par tous. Alors que dans les pays anglophones, particulièrement, le Nigéria- pays le plus peuplé d'Afrique de l'ouest (176 millions d'habitants), l'Organisation institutionnelle est moins centralisée, elle est plus verticale où la décentralisation du pouvoir est une réalité. Le cas du Nigéria est emblématique de la différence dans la production normative. Ce pays est une Fédération de 36 États avec pour capital le district fédéral d'Abuja. Le processus de création normative très décentralisée et non uniforme est différent des pays francophones de tradition unitaires et centralisés.

¹¹⁶⁴ Voir Adebayo Adedeji, The evolution of a West African Economic Community(discours prononcé à la conférence ministérielle de la CEDEAO tenue du 16 décembre 1973 à Lomé, Togo, cité par O. Anukpe Ovwah), « Harmonisation of Laws within the Economic Community of West African States(ECOWAS) », RADIC, mars 1994, Volume 6(1) :76 cité par Saidou N. Tall « Droit des organisations internationales africaines

513. Sur ce point, l'UE est beaucoup plus avancée dans la mesure où entre la commission de Bruxelles et les États membres, les prérogatives sont explicites quant à savoir quelle est l'autorité compétente à même de négocier et signer les Accords commerciaux et d'investissement¹¹⁶⁵. La promotion de l'investissement dans la région ouest africaine vise et souhaite « *le développement d'un secteur privé vigoureux et dynamique permet de créer des opportunités d'emplois, de favoriser le transfert des technologies, de soutenir à long terme la croissance économique et de contribuer efficacement à lutter contre la pauvreté* »¹¹⁶⁶. La protection des investissements se décline à travers l'objectif du marché commun des investissements à travers l'instrument communautaire (Section 1), la nécessité d'avancées et les défis juridiques de l'acte communautaire portant règlement des investissements (Section 2).

Section 1 : Les déclinaisons du marché commun des investissements à travers les instruments communautaires

514. La recherche d'une solution régionale au problème de développement dans le monde a touché le domaine des investissements étrangers. Les règles relatives à l'accueil, au traitement et à la protection des investissements ne sont plus produites uniquement par les États. En effet, le développement du phénomène communautaire a conduit à un partage des rôles entre les États et l'entité(s) communautaire(s). Autrement dit, à la faveur de mutations internationales, poussant à une plus grande intégration, s'est développé un partage des compétences entre les Organisations communautaires et les États concernant la réglementation juridique des investissements¹¹⁶⁷. Sur ce point, une Organisation d'intégration comme la CEDEAO s'est toujours inscrite dans cette perspective qui consiste à renforcer la communautarisation à terme des différents cadres nationaux de protection des investissements étrangers¹¹⁶⁸. La protection communautarisée se traduit par l'instauration de

Théorie générale Droit communautaire comparé Droit de l'homme paix et sécurité » Paris, éd. L'Harmattan, 2015 p.43

¹¹⁶⁵ Voir l'article 3 §2 du traité sur le fonctionnement de l'UE qui dispose que « *l'Ue a une compétence exclusive* », alors qu'en Afrique de l'ouest l'Organisme communautaire qu'est la CEDEAO ne dispose pas dans l'état actuel du processus de l'intégration de la compétence de négocier et de conclure des TBI au nom et pour le bénéfice des États membres. Elle a par contre la compétence de négocier des accords interrégionaux de partenariat avec d'autres zones économiques comme les APE (Accords de partenariat économique) en négociation entre la CEDEAO et l'UE.

¹¹⁶⁶ Voir CEDEAO Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO Préambule « *Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO* » Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

¹¹⁶⁷ En Afrique de l'ouest, les États membres de la CEDEAO gardent la prérogative constitutionnelle et législative d'établir le cadre juridique relatif à la protection des investissements étrangers à travers les Codes. Néanmoins, ces cadres juridiques nationaux sont désormais soumis à l'obligation de conformité à la norme Communautaire qui dispose en ce sens : « *Le présent Acte additionnel s'applique à tous les investissements réalisés par un investisseur, que l'investissement soit réalisé avant ou après son entrée en vigueur. Le présent Acte additionnel s'applique à toute mesure prise ou maintenue par un État Membre, après l'entrée en vigueur dudit Acte.* » Voir article 4 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 » Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008.

¹¹⁶⁸ C'est l'objectif à terme de la CEDEAO dans ses buts et objectifs, et dont le traité stipule dans l'article 3 « *l'action de la Communauté portera par étapes sur (h) l'instauration d'un environnement juridique propice ; (i) l'harmonisation des codes nationaux des investissements aboutissant à l'adoption d'un code communautaire unique des investissements* » voir article 3 du traité révisé de la CEDEAO Cotonou(Bénin) le 24 juillet 1993

hautes normes en matière de protection des investissements (§1). Également, il y a un aspect notoire qu'est le renforcement des obligations et des devoirs entre les acteurs de l'investissement (§2).

DD- Paragraphe 1 : L'instauration de hautes normes en matière de protection des investissements

515. La CEDEAO a des axes d'intégration centrée sur « *la nécessité impérieuse d'encourager, de stimuler et d'accélérer les progrès économique et social de nos Etats dans le but le niveau de vie de nos peuples* »¹¹⁶⁹. Devant les difficultés sur la plan national à assurer une protection optimale des investissements, les États de la CEDEAO consacrent des principes et des normes plus protecteurs de l'investissement (A). Il y a sur ce point, l'instauration de normes régionales minimales (B) et les nuances apportées au principe cardinal du droit des investissements qu'est le principe du libre rapatriement des bénéfices (C).

A : Les principes et normes consacrées : une volonté de lutte contre la discrimination communautaire

516. En Afrique de l'ouest, la CEDEAO rejoint la liste des Organisations régionales dont l'objectif consiste à harmoniser voire uniformiser les législations générales et particulièrement celles relatives à l'accueil et au traitement des investissements dans les pays membres¹¹⁷⁰. En vue de mieux assurer une protection et une promotion des investissements : les pays de la sous région consacrent le principe de la liberté des mouvements de capitaux¹¹⁷¹. Le texte communautaire de protection n'est qu'une reprise des principes classiques qui structurent le droit international des investissements qui consiste à consentir un traitement égalitaire une réciprocité des avantages entre Etat(s) membre(s) : « *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 autre 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.* »¹¹⁷²

¹¹⁶⁹ Voir *Préambule* Traité révisé de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest(CEDEAO) signé à Lagos le 28 mai 1975

¹¹⁷⁰ Voir article 3 traité de la CEDEAO op cit p.8

¹¹⁷¹ L'article 53 du traité révisé de la CEDEAO du 24 juillet 1993 dispose dans son alinea 3 « *Dans l'accomplissement des taches qui lui sont assignées, le comité des questions relatives aux Capitaux : a) assure la libre circulation des capitaux à l'intérieur de la Communauté en : (i) éliminant les restrictions au transfert des capitaux entre les États Membres selon un calendrier déterminé par le Conseil ; (ii) encourageant la création de bourses des valeurs nationales et régionales ; (iii) établissant des relations étroites entre les marchés des capitaux et les bourses des valeurs.* ».

¹¹⁷² Voir article 5 « *Traitement national* », le même article(al.2) dispose- en ce qui concerne le traitement national avec les investissements des nationaux- 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 ses propres investisseurs, en ce qui concerne la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre aliénation d'investissements.* »

517. Dans le cadre de cadre communautaire ouest africain l'adoption et la préoccupation des États membres consistent à améliorer l'efficacité de la protection dans le cadre d'une protection qui prenne en compte toutes les préoccupations et attentes des Etats. Raison pour laquelle, la notion « *dans des circonstances analogues* » a été consacrée dans le cadre de la protection communautarisée¹¹⁷³. La protection des investissements initiée dans le cadre communautaire- tout en prônant la nécessité d'une ouverture des marchés de chaque pays membre -s'empresse d'édicter des clauses, exceptions ou dérogations afin de préserver les intérêts particuliers des Etats¹¹⁷⁴. La volonté dérogatoire est rappelé par Séni M. Ouédraogo souligne que « *cette simplification implique la mise au point de mécanismes de dérogation ou de sauvegarde permettant aux États membres de préserver leur législation nationale lorsque les exigences impératives d'intérêt national le requièrent. Toutefois, ces mécanismes ne peuvent être utilisés que si le traité ou la norme harmonisée le prévoit expressément.* »¹¹⁷⁵.

518. Les avantages et préférences contenus dans l'acte communautaires ne valent que pour les pays membres. Autrement, un pays membre de la Communauté ne peut étendre les avantages contenus dans le traité et les actes communautaires dérivés en signant un accord international, fiscal ou douanier avec un pays tiers : « *Les paragraphes (2)à(4) ci-dessus n'obligent pas un État 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'Etat d'origine de l'investisseur n'est pas Partie, ou ii) tout accord international ou toute entente internationale*

Voir Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO Appendice III « *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* » Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

¹¹⁷³ Ce concept « *des circonstances analogues* » dans le texte « *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'investisseur 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.* » art.5 *ibid*.

¹¹⁷⁴ Selon l'article 6 de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 du 19 décembre 2008 « *traitement de la Nation la plus favorisée* » dispose que : « *(1) Le présent article s'applique à : a) toutes les mesures prises par un État Membre couvertes par le présent Acte additionnel ; b) toutes les dispositions de fond d'autres accords internationaux portant sur l'investissement, qui sont postérieures à l'entrée en vigueur du présent Acte additionnel.* » Concernant les avantages liés à la non discrimination, l'instrument communautaire n'est qu'une reprise des principes du droit international des investissements. En effet, le même article souligne « *(2) 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 au sein de la communauté en ce qui concerne la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre aliénation d'investissements. (3) Chaque État Membre accorde aux investissements effectués par les investisseurs d'un autre Eta 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 tiers, en ce qui concerne la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre aliénation d'investissements...* »

¹¹⁷⁵ Voir Seni Mahamadou Ouédraogo « Les problèmes juridiques relatifs à la communautarisation du droit des investissements dans l'espace UEMOA », pp.515-549 AFDI-2012-CNRS Editions-Paris p.524

*liée entièrement ou en majorité à l'imposition ou à toute législation nationale liée entièrement ou en majorité à l'imposition »*¹¹⁷⁶.

519. Le droit communautaire de la protection des investissements est fondé sur l'ouverture et la liberté d'établissement. Toutefois, en droit communautaire- comme dans le domaine du droit des investissements internationaux à l'exemple du modèle canadien de TBI- les textes prévoient toujours des circonstances particulières. Au sein de l'UE, les restrictions sont prévues par le texte communautaire¹¹⁷⁷, mais confirmées par la jurisprudence communautaire¹¹⁷⁸. Dans le contexte de l'Afrique de l'ouest, la sécurité juridique passe aussi par l'octroi d'avantages multiformes en vue de prévenir les risques toujours inhérents à l'investissement.

B : L'instauration de normes régionales minimales sécuritaires

520. La sécurité juridique des investissements n'est plus l'affaire seulement des cadres juridiques nationaux. La protection a connu, connaît et connaîtra sans doute beaucoup d'évolutions à la faveur de l'irruption du droit communautaire¹¹⁷⁹. Ce droit est une composante essentielle des règles relatives à l'accueil, le traitement, la circulation, la promotion et la protection des investissements étrangers. Une Organisation comme la CEDEAO a dégagé des principes à caractère politique et économique. Dans la sous région

¹¹⁷⁶ Voir art.6 ibid.

¹¹⁷⁷ Voir notamment sur le plan des services au sein des États membres de l'UE où la libéralisation est conditionnée à la situation économique et la situation particulière du service concerné : « *Les États membres s'efforcent de procéder à la libéralisation des services au-delà de la mesure qui est obligatoire en vertu des directives arrêtées en application de l'article 59, §1^{er}, si leur situation économique générale et la situation du secteur intéressé le leur permettent* » voir article 60 traité TFUE

¹¹⁷⁸ Dans un différend opposant le 18 décembre 2007 une société suisse de distribution de dividende à une filiale établie en Suède, le Cour établie en principe que : « *La mesure dans laquelle les États membres sont ainsi autorisés à appliquer certaines mesures restrictives aux mouvements de capitaux ne peut pas être déterminée sans tenir compte de la circonstance(...) que les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers se déroulent dans un contexte juridique différent de ceux qui ont lieu au sein de la Communauté* » voir CJCE, 18 décembre, A,C6101/05, Rec. p.1-11531, point36 il s'en suit que l'Etat membre en question auteur de l'acte de restriction d'une activité doit démontrer « *qu'une telle restriction* » « *est justifiée par un motif donné dans des circonstances où ce motif ne serait pas de nature à constituer une justification valide pour une restriction aux mouvements de capitaux entre États membres* » Voir, CJCE, 12 décembre 2006, Test Claimants in the FII Group litigation, C-446/04, Rec. P.1-11753, point 171 cités par les auteurs L. Azoulai & Walid B. Hamida « *La protection des investissements par le droit primaire-droit conventionnel des investissements et droit primaire : étude comparée des régimes et des approches* » pp.69-88 in Le droit européen et l'investissement Sd de Catherine Kessedjian & Charles Leben, éd. Panthéon-Assas LGDJ, 2009 p.73

¹¹⁷⁹ Le droit communautaire peut être perçu comme un droit d'intermédiaire entre le droit national et le droit international. L'auteur Bruno Poulain le définit ainsi : « *Le droit communautaire des investissements internationaux regroupe l'ensemble des règles communautaires qui régissent les investissements intracommunautaires, l'exportation des investissements étrangers dans l'espace communautaire. Il s'agit d'une matière juridique dont les contours devraient évoluer et s'affirmer dans les mois et années à venir.* » Voir B.Poulain « *Développement récents du droit communautaire des investissements internationaux* », R.G.D.I.P. 2009-4 pp.873-895 p.873

ouest africaine, le politique est très lié à l'économique et détermine par conséquent le cadre juridique. L'article 4 du traité de la CEDEAO pose et adhère aux principes fondamentaux¹¹⁸⁰.

521. Les principes consacrés par le dispositif juridique communautaire visent à protéger et à faire la promotion des investisseurs des États membres. Cette protection principielle ne fait que reprendre les principes coutumiers en matière de traitement des étrangers. Ainsi, la sécurité juridique par les « *normes régionales minimales* » signifie 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 et ainsi qu'une protection et une sécurité en vertu de la législation nationale. Cette obligation est comprise comme correspondant à l'obligation des États Membres de la CEDEAO.* »¹¹⁸¹ La protection communautarisée accorde un aspect important à la notion de sécurité au plan juridique. Cela passe par une politique de prévention contre les risques relatifs à tout investissement. La prévention du risque¹¹⁸² et la nécessité de son couverture sont devenues des composants essentiels du cadre juridique. Ce dernier prévient contre les cadre discriminatoires et surtout essaie de prendre des mesures contre les risques et pertes subies par l'investisseur : « *Chaque État membre accorde aux investisseurs et à leurs investissements un traitement non discriminatoire quant aux mesures qu'il adopte ou maintien relativement aux pertes subies sur son territoire, en raison d'un conflit armé ou d'une guerre civile.* »¹¹⁸³.

522. Le concept de risque a été analysé comme un agissement ou une omission causant un dommage à un investisseur : « *4 Nonobstant le paragraphe (3) ci-dessus, si un investisseur d'un État membre, dans les situations qui y sont mentionnées, subit une perte sur le territoire d'un autre État membre découlant de : i) la réquisition de son investissement, en totalité ou en partie, par les forces ou autorités dudit État membre, ou ii) la destruction de son investissement, en totalité ou en partie, par les forces ou autorités dudit État Membre, si les faits qui ont causé la perte ne sont pas exigés par la nécessité de la situation, l'Etat d'accueil au sein de la Communauté fournit à l'investisseur une prompte, adéquate et efficace*

¹¹⁸⁰ Selon cet article, les hautes parties contractantes, dans la poursuite des objectifs énoncés à l'article 3 du présent Traité affirment et déclarent solennellement leur adhésion aux principes fondamentaux suivants : « (a) égalité et interdépendance des États membres ;(b) solidarité et autosuffisance collective ;(c) coopération inter-états, harmonisation des politiques et intégration des programmes ;(d) non-agression entre les États Membres ;(e)maintient de la paix, de la sécurité et de la stabilité régionale par la promotion et le renforcement des relations de bon voisinage ;(f) règlement pacifique des différends entre les États Membres, coopération active entre pays voisins et promotion d'un environnement pacifique comme préalable au développement économique ; (g) respect, promotion et protection des droits de l'homme et des Peuples ; (h) transparence, justice économique et sociale et participation populaire au développement ; (i) reconnaissance et respect des règles et principes juridiques de la Communauté ;(j) promotion et consolidation d'un système démocratique de gouvernement dans chaque État Membre tel que prévu par la Déclaration de Principes Politiques adoptée le 6 juillet à Abuja.(k) réparation juste et équitable des coûts et des avantages de la coopération et de l'intégration économique » Voir CEDEAO - article 4 « Principes fondamentaux » du traité révisé Fait à Cotonou(Bénin), le 24 juillet 1993

¹¹⁸¹ Voir article 7 « Normes régionales minimales » de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

¹¹⁸² Voir G. Lepage « Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger » pp.389-406 in Droit des investissements internationaux Perspectives croisées Sd de Sabrina R-Cuendet préface de B. Stern, Bruxelles éd. Bruylant, 2017 p. 395

¹¹⁸³ Voir article 7 ibid.

restitution ou indemnisation sous forme facilement convertible »¹¹⁸⁴. L'exigence sécuritaire- en matière de protection et de promotion d'investissements- encadre rigoureusement la notion d'expropriation. Certes ce risque d'expropriation n'est plus opérationnel. En effet, le contexte juridique et économique de l'investissement- au triple plan national, international et communautaire- interdit les pratiques discriminatoires comme les nationalisations d'entreprises étrangères dans les pays en développement particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest. Ces derniers ont un besoin impératif de capitaux extérieurs pour soutenir les efforts de développement¹¹⁸⁵. La sécurité des investissements dans l'environnement communautaire passe par la reconnaissance expresse de la liberté de transfert des capitaux.

C : Le principe du libre rapatriement des bénéfices

C'est un principe cardinal du droit des investissements étrangers qui est internationalement consacré en matière de pratique des investissements (1). Toutefois des restrictions lui ont apportées par le texte communautaire de la CEDEAO (2).

1) Un principe internationalement consacré en matière de pratique d'investissement

523. Le principe veut dire et suppose que le produit financier et dividendes tirés des investissements ne peut être soumis à une aucune restriction de nature juridique, politique et économique en vue d'empêcher la liberté de mouvement. Le libre transfert de capitaux généré par un investissement étranger est le cœur de la protection et de la sécurité juridiques que cherchent les investisseurs étrangers dans les pays en développement et africains en particulier. C'est une composante essentielle de la sécurité juridique des investissements pour la prévention des risques non commerciaux¹¹⁸⁶. La doctrine internationaliste par le biais de Jean P-Lavie en a fait une analyse assez détaillée¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁴ Voir article 7 *ibid*

¹¹⁸⁵ Dans le cadre communautaire et en vue d'établir un climat juridique harmonieux et sécurisant des investissements étrangers et communautaires, l'Acte additionnel dispose : « *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... »* voir article 8 de l'Acte Additionnel précité.

¹¹⁸⁶ Le principe peut subir des exceptions des exceptions dans certains cas- décisions gouvernementales de rétablir le contrôle des changes, lutte contre l'inflation dans un contexte de grave crise économique, lutte contre le blanchiment de l'argent et enfin, il peut l'être enfin sous réserve de régularité fiscale. Dans le Code ivoirien des investissements-Ordonnance n°2012- 487 du 07 juin 2012-, l'article 17 dispose : « *L'Etat de Cote d'Ivoire autorise les transferts d'actifs se rapportant aux investissements sous réserve de régularité fiscale* »

¹¹⁸⁷ Qui prenne en compte son double aspect temporel et matériel. Pour lui : « *Un investissement en territoire étranger engendre généralement un flux de ressources en retour, qualifié de « transfert ». Les transferts peuvent être périodiques, lorsqu'il s'agit par exemple du remboursement d'emprunts et du paiement de redevances. Ils sont ponctuels dans d'autres cas ; ainsi,, lorsqu'un investisseur liquide définitivement son investissement, et décide de rapatrier les fonds correspondants. Le domaine du transfert met directement en cause les droits d'un*

524. Dans les pays d'Afrique- essentiellement importateurs de capitaux- le principe est au cœur du cadre législatif et réglementaire relatif aux investissements internationaux¹¹⁸⁸. Il constitue un mécanisme sine qua non en vue d'implantation d'entreprises dans les pays d'Afrique de l'ouest. C'est une clause de renvoi. Il est à la fois conventionnel bilatéral¹¹⁸⁹ ou conventionnel multilatéral¹¹⁹⁰. Pour garantir la fluidité de l'investissement, la sécurité des paiements (au plan interne et surtout externe) et la nécessité d'épargner l'investisseur des fluctuations monétaires, l'Etat d'accueil de l'investisseur doit sécuriser -par un cadre juridique transparent et prévisible- les transactions financières auxquelles l'investisseur est amené à effectuer durant la vie de son investissement. C'est la raison pour laquelle, les règles relatives aux transactions internes courantes, à la détention, à l'utilisation et au transfert de devises et bénéfiques doivent être souples et montrer la sécurité et l'attractivité juridique d'un pays –ou en l'espèce une zone communautaire comme la CEDEAO.

525. La clause de libre transfert constitue une dimension essentielle de toute pratique et protection des investissements. Néanmoins, le tribunal arbitral a du mal à trancher dans des affaires impliquant le principe de la libre transférabilité déclinant toujours son incompétence¹¹⁹¹. Dans le cadre communautaire, invite est faite aux États membres de

investisseur étranger de rapatrier des avoirs ; en outre, il concerne les relations entre les monnaies d'au moins deux pays, et plus globalement un rapport de ressources économiques entre eux, exprimé en termes monétaires et financiers » Voir J P-Lavie « Protection et promotion des investissements Etude de droit international économique », Paris, éd.PUF 1985 p.117

¹¹⁸⁸ Dans le Code du Niger cette garantie va dans un double sens qui consiste à permettre l'obtention de devises nécessaires au démarrage de l'activité : « *L'obtention de devises nécessaires aux activités des entreprises n'est pas limitée au sein de la République du Niger. L'entreprise a, par conséquent, la garantie qu'aucune restriction ne peut lui être faite, pour ses besoins en devises, notamment pour : - assurer ses paiements normaux et courants ; - financer ses fournitures et prestations diverses de services, notamment celles réalisées avec les personnes physiques ou morales, hors de la République du Niger....* » Voir l'article 7 de la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger L'autre garantit c'est la liberté de transfert : où « *L'Etat garantit à l'entreprise la liberté de transférer les revenus ou les produits de toute nature résultant de son exploitation, de toute cession d'éléments d'actifs ou de sa liquidation, conformément au texte en vigueur. La même garantie s'étend aux investisseurs, aux entrepreneurs, aux associés, aux personnes physiques ou morales, non ressortissants du Niger, en ce qui concerne leurs parts de bénéfices, le produit de la vente de leurs droits d'associés, la reprise d'apports en nature, leur part de partage du bonus après liquidation.* » Voir article 8 Ibid.

¹¹⁸⁹ Les TBI signés par les pays d'Afrique de l'ouest font cas du principe comme élément de sécurité juridique des capitaux investis. L'article 6 « Transferts » de l'APPI Allemagne-Guinée en dispose ainsi : « *Chaque État contractant garantit aux investisseurs de l'autre État contractant le libre transfert des versements effectués en relation avec un investissement, notamment : a) du capital et des montants additionnels destinés au maintien ou à l'augmentation de l'investissement ; b) des revenus ; c) des versements destinés au remboursement d'emprunts ; d) des recettes tirées de la liquidation ou de l'aliénation, partielle ou totale, de l'investissement ; e) des indemnités prévues à l'article 4 et 5 du présent Accord...* » Voir Accord APPI entre l'Allemagne et la Guinée fait à Berlin le 8/11/2006.

¹¹⁹⁰ Notamment la Convention de Séoul du 11 octobre 1985 portant AMGI qui dispose en son article 11 sur le risque de transfert que « *le fait que le gouvernement d'accueil ait lui-même apporté toute restriction au transfert de sa monnaie hors de son territoire dans une monnaie librement utilisable ou dans une autre monnaie jugée acceptable par l'investisseur assuré, y compris le fait que le gouvernement d'accueil n'ait pas donné suite dans un délai raisonnable à la demande de transfert présenté par ledit investisseur* »

¹¹⁹¹ C'est le cas dans l'affaire *Gruslin v Malaysia*. L'investisseur a contesté la réglementation de change adoptée par la Malaisie à la suite de la crise financière asiatique. Le tribunal s'est déclaré incompétent (*Gruslin v Malaisie*, ICSID Case N°.ARB/99/3, Sentence du 27 novembre 2000). C'est le cas aussi dans l'affaire *Joy minning c.Egypte*. Le demandeur a soutenu que la non-libération d'une garantie bancaire par une société publique égyptienne constituait une violation de la liberté de transfert. Le tribunal s'est déclaré incompétent et n'a pas examiné cette question (*Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N°.

permettre à tout investisseur de pouvoir librement transférer ses revenus (actifs, bénéfices et devise librement convertible etc.) : « *Chaque État Membre permet que soient effectués librement et sans délai tous les transferts se rapportant à un investissement.* »¹¹⁹². En matière de protection des investissements, le retour rapide sur investissement, la sécurité des paiements et le transfert des bénéfices demeurent un des objectifs du cadre juridique d'incitation à l'investissement.

526. C'est ce que traduit le texte communautaire qui en a une conception détaillée : « *Ces transferts comprennent : a) les bénéfices, les dividendes, les intérêts, les gains en capital, les redevances, les frais de gestion d'assistance technique et autres 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 conformément à une convention de prêt ; d) les paiements effectués en application de l'article 8 du présent Acte additionnel ; et e) les paiements découlant de tout processus de règlement des différends* ». ¹¹⁹³ Le principe du libre transfert est triplement consacré au plan national, communautaire et international. Il est considéré comme une pratique sécuritaire cardinale pour préserver l'investisseur étranger des agissements dommageables sur son investissement et les mouvements de fonds. Toutefois, pour des raisons diverses à certaines zones communautaires(en l'espèce l'Afrique de l'ouest), des restrictions lui sont apportées.

2) Les restrictions apportées à la liberté de transfert d'actifs

527. Le principe a fini d'être le principe cardinal, central du droit des investissements étrangers au même titre que d'autres relatifs au non discrimination¹¹⁹⁴. Toutefois, en guise de protection des branches importantes de l'économie, de la production industrielle d'un pays ou d'une région, de différentes exceptions sont prévues¹¹⁹⁵ : elles peuvent être *fiscales* : « *Il est généralement admis, d'abord, que l'Etat limite les transferts de fonds en dehors de son*

ARB/03/11, Sentence du 6 aout 2004, §22). Voir aussi, *Daimler Financial services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case N°ARB/05/1, sentence du 22 aout 2012, §251. Cité par Ben Hamida W. « La clause de libre transfert » pp.145-177 in « *Les techniques conventionnelles du droit international des investissements* », RGDIP 2015-1 p.148

¹¹⁹² Voir article 10 « *transfert d'actifs* » de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

¹¹⁹³ Voir article 10 Ibid.

¹¹⁹⁴ Ce que des auteurs appellent des « *principes protecteurs de l'investissement* » qui se traduisent par la mise en œuvre des standards(ou combinaison de standards) suivants : - la garantie d'un « *traitement juste et équitable* » ; - le standard de « *pleine et entière protection et sécurité* » ; - la combinaison des standards de la nation la plus favorisée et du traitement national ; - la liberté de rapatriement des gains et du produit de la liquidation de l'investissement » Voir (P.) Daillier, (M.) Forteau, (A.) Pellet Droit international public, Paris 8^e édition éd. LGDJ 2009 p.1216 ; Voir aussi Walid B-Hamida « La clause de libre transfert » pp.145-177 in « *Les techniques conventionnelles du droit international des investissements* » RGDIP Tome 119, 2015- 1 p.158

¹¹⁹⁵ Arnaud DE Nanteuil dit à ce propos que « *L'engagement de l'Etat à assurer le libre transfert des fonds de l'investissement depuis ou vers son territoire n'est pas toujours absolu* » Voir A. De Nanteuil Droit international de l'investissement, éd. A. Pedone-Paris 2014 p.371

territoire pour des raisons liées notamment au paiement des taxes et diverses impositions dues par l'investisseur étranger. »¹¹⁹⁶ Pour des raisons liées à la situation particulière des pays de la sous région, des aménagements et dérogations sont permises. Elles peuvent être conditionnées voire empêchées dans certains pays d'Afrique de l'Ouest¹¹⁹⁷. Par conséquent, malgré le fait sa consécration comme principe juridique sécuritaire, ce principe est devenu circonstanciel.

528. En effet, il est devenu maniable en fonction de la conjoncture économique des pays d'accueil de l'investissement. C'est un principe protecteur, mais en même temps aménageable selon les circonstances et la conjoncture politique et économique. On peut dire que c'est la clause de sauvegarde consacré par l'accord de l'OMC qui est envisagé ici dans le cadre du modèle de TBI de la France. C'est ce que qu'à reconnu ce modèle : « *Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer un déséquilibre grave pour la balance des paiements, chacune des Parties contractantes peut temporairement appliquer des mesures de sauvegarde relatives aux transferts, pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires, appliquées sur une base équitable, non-discriminatoire et de bonne foi et qu'elles n'excèdent pas une période de six mois.* »¹¹⁹⁸ Ce principe doublé exceptionnellement de dérogations pour protéger certains pans de l'économie est consacré par le texte communautaire.

529. Autrement, la nécessité protectrice de certains droits et de lutter contre des pratiques frauduleuses et criminelles : « *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.* »¹¹⁹⁹. Le libre rapatriement des actifs au sein et à l'extérieur de la zone communautaire ouest africaine est une dimension essentielle pour toute stratégie qui vise à une incitation des investissements compatible avec les pratiques sécuritaires internationalement admises. Les droits et les incitations de diverses natures en faveur des investisseurs intra et extra communautaires sont accompagnées d'obligations réciproques.

¹¹⁹⁶ Voir A. De Nanteuil p.371 Ibid.

¹¹⁹⁷ Selon l'article 17 : « *L'Etat de Cote d'Ivoire peut empêcher un transfert à travers l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses textes concernant : - la protection des droits des créanciers ; - la protection de l'environnement ; - les infractions pénales ; - les transferts de devises ou autres instruments monétaires ; - la mise en œuvre de titre exécutoire ; - l'exécution de jugements rendus à l'issue de procédures judiciaires ; - l'exécution des sentences arbitrales* » Voir Ordonnance n°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire

¹¹⁹⁸ Voir article 7 « *libre transfert* » de L'accord entre le Sénégal et la France sur la protection réciproque des investissements signés à Dakar, le 26 juillet 2007 (Journal officiel de la République du Sénégal du 06/09/2017)

¹¹⁹⁹ Voir article 11 Ibid.

EE- Paragraphe 2 : Le renforcement des obligations et devoirs des acteurs de l'investissement

La protection des investissements exigent réciproquement de la part des acteurs droits et des devoirs. Les investisseurs et des investissements ont des obligations vis-à-vis de l'Etat d'accueil (A), ce dernier aussi à des devoirs de protection vis-à-vis de l'investisseur et de son investissement (B).

A : Les obligations des investisseurs et des investissements

Dans le cadre communautaire (contrairement dans certaines législations internes des pays d'Afrique de l'Ouest) les obligations sont de deux sortes : celles qui sont préalables à l'établissement (1) et celles qui sont postérieures à l'établissement (2).

1) Les obligations préalables à l'établissement

Cela concerne l'avant d'installation de l'investisseur : il s'agit de la notion innovante d'évaluation de l'impact socioculturel et environnemental (a) et l'engagement contre les pratiques corruptrices (b).

a- La notion innovante d'évaluation de l'impact socio culturel et environnemental

530. Contrairement aux pays avancés de l'OCDE où la conditionnalité environnementale est au cœur des politiques d'infrastructures et des enjeux liés aux investissements étrangers, les pays en développement- particulièrement ceux d'Afrique de l'Ouest- ont toujours considéré les questions environnementales comme quantité négligeable par rapport aux nécessités urgentes d'accueil et de promotion des investissements. Les pays de la sous région africaine n'ont pas toujours accordé aux questions environnementales, sociales et culturelles, les considérations qu'elles méritent.

531. Néanmoins, cette affirmation est à nuancer parce que, la donne a considérablement changé¹²⁰⁰. La pratique contemporaine des investissements étrangers des acteurs inclue l'environnement – (Etats, entreprises transnationales, Organisations Internationales).- Elle fait du respect de l'environnement la condition sine qua non pour l'autorisation ou la promotion de certains types d'investissement qui sont soumis à des *évaluations de l'impact environnemental*¹²⁰¹. Dans le texte communautaire- prenant conscience des limites objectives

¹²⁰⁰ Voir article 27 de la loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali parle de « soumettre tout projet d'investissement à une étude d'impact environnemental et social sous peine de nullité de l'agrément »

¹²⁰¹ Voir article 37 *Code panafricain d'investissements* –UA Commission de l'Union africaine Département des affaires économiques. Projet, décembre 2016

des législations nationales des États de la sous région- la notion d'obligations y été fortement développée et détaillée¹²⁰².

532. Prenant le contre pied de la pratique traditionnelle des Etats, l'instrument communautaire fait désormais de l'étude d'impact, préalable à l'établissement, une dimension centrale des pratiques de protection et de promotion de l'investissement. Les investisseurs sont tenus de faire cas de l'enjeu environnemental une priorité. L'étude d'impact dont il s'agit ici, est originale dans la mesure où, il ne s'agit pas uniquement d'étude environnementale, mais- un aspect essentiel et original à savoir « la notion d'impact socio- culturel¹²⁰³ ». Dans un continent comme l'Afrique, l'aspect socio-culturel a une dimension anthropologique importante et essentielle. En Afrique de l'ouest dans le cadre Communautaire, le texte de référence le proclame ainsi: « *Les investisseurs réalisent une étude des impacts socio-culturels et environnementaux de l'investissement potentiel. Les investisseurs ou les investissements se conforment aux critères d'étude d'impact environnemental préalable et aux processus d'évaluations applicables à leurs investissements proposés avant leur établissement selon les exigences des lois de l'Etat d'accueil ou des lois de l'Etat d'origine à l'égard d'un tel investissement. Dans la mesure où elles sont applicables à l'investissement en question, l'investisseur respecte les normes minimales sur l'étude d'impact socioculturel et environnemental et l'examen préalable que les États membres adoptent lors de leur première rencontre* »¹²⁰⁴.

533. Toujours dans cette même rubrique, avant l'installation de l'investisseur (communautaire ou étranger), il faut une transmission en bonne et due forme à travers la publication de l'étude pour mettre à l'Etat d'avoir tous les éléments en sa possession pour une autorisation ou non de l'investissement¹²⁰⁵. L'Afrique est réputée à travers le monde pour la richesse et la diversité de son patrimoine culturel. Les communautés villageoises y sont fortement attachées. Par conséquent, la notion d'identité qui structure toute culture ne saurait être sacrifiée voire minimiser sous l'autel de l'attractivité juridique ou des considérations liées à la promotion des investissements.

¹²⁰² Les obligations vont de la « *soumission aux lois de l'Etat d'accueil, accepter la compétence de l'Etat d'accueil, contribuer à la réalisation des objectifs de développement des États d'accueil et des collectivités locales où se situe l'investissement* » article 11 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO portant règles communautaires en matière d'investissements précité.

¹²⁰³ Le patrimoine culturel est de plus en plus pris en compte non seulement par les textes des États d'accueil, mais aussi par les stratégies internes des investisseurs étrangers. Dans le Code panafricain d'investissements il y est énuméré comme suit : « *Les investisseurs doivent respecter des obligations socio-politiques, y compris, notamment : b) le respect des valeurs socio-culturelles* » voir Commission de l'Union Africaine Departement des affaires économiques, Addis- Abéba, Décembre 2016. L'article 12 al.3 de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant règles communautaires en matière d'investissements au sein de la CEDEAO souligne que « *Les investisseurs, leurs investissements et les autorités de l'Etat d'accueil appliquent le principe de précaution à leur étude d'impact socio-culturel...* »

¹²⁰⁴ Voir article 12 « *évaluation des impacts préalable à l'établissement* » de « l'Acte Additionnel. A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO » Fait à Abuja

¹²⁰⁵ Voir art12 al 2 dispose : « *Les investisseurs ou investissements publient les résultats de l'étude d'impact socio-culturels et environnemental et les mettent à la disposition de la collectivité locale et des intérêts affectés dans l'Etat d'accueil dans lequel l'investissement doit être réalisé.* »

534. D'où la consécration d'un principe très important pour prévenir les risques environnementaux qu'est le principe de précaution : « *Les investisseurs, leurs investissements et les autorités de l'Etat d'accueil appliquent le principe de précaution à leur étude d'impact socioculturel et environnemental. L'application du principe de précaution par les investisseurs et les investissements est décrite dans l'étude d'impact socioculturel et environnemental qu'ils entreprennent* »¹²⁰⁶. En phase des questions environnementales et socioculturelles, l'autre question éminemment importante et juridiquement régulatrices en matière d'investissement, c'est la lutte contre les pratiques corruptrices.

b- La lutte contre la corruption dans les investissements

535. La volonté de transparence en matière d'accueil, de traitement et de la protection des investissements est gangrenée par le phénomène de la corruption. Cette pratique est facilitée et matérialisée par deux acteurs clés de l'investissement : un État ou ses fonctionnaires qui acceptent des avantages en numéraires ou en nature non légaux ou plus ou moins légaux de la part d'une entreprise ou des entreprises étrangères en vue d'avoir un avantage ou position quelconque(conquête de marché dans n'importe quel secteur, accès aux ressources naturelles ou recherche d'avantages fiscaux) . Elle est au cœur de la vie des affaires dans les pays en développement. Ceci est particulièrement vrai dans les pays d'Afrique de l'ouest, où les pratiques d'investissement sont particulièrement corruptogènes¹²⁰⁷.

536. Pourtant, elle fait l'objet d'une pénalisation sans précédent dans le but de dissuader d'éventuels contrevenants. L'acte Communautaire de la CEDEAO le détaille :

*« Les États membres considèrent comme infractions pénales, recherchent, poursuivent et punissent de sanctions appropriées, 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'Etat d'accueil, à son profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution des fonctions officielles, en vue d'obtenir toute préférence quant à un investissement envisagé ou à des licences, permis , contrats ou autre quelconque droit connexe à un investissement ; et tout agissement se rendant complice de tout acte décrit y compris l'incitation, la complicité et la conspiration connexe à la réalisation ou à l'autorisation desdits actes »*¹²⁰⁸. La conception de la lutte contre les pratiques corruptrices en vigueur dans le texte communautaire n'est qu'une invite faite aux investisseurs intra et extra communautaires à ne pas se livrer à des actes consistant à avoir des avantages en

¹²⁰⁶ Voir article 12 ibid

¹²⁰⁷ Elles sont énumérées à travers 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'Etat d'accueil, à son profit ou au profit d'un tiers, pour 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 autre quelconque droit connexes 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 ; » voir article 30 de l'Acte Additionnel portant investissement de la CEDEAO précitée

¹²⁰⁸ Voir article 30 « infractions et sanctions » Ibid.

échange de fraude, cadeaux et pots de vin : « *Avant ou après l'établissement d'un investissement, les investisseurs et leurs investissements s'abstiennent de tout acte de corruption* »¹²⁰⁹.

537. La corruption est un phénomène inhérent aux investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest. Plusieurs facteurs externes (volonté d'accès et de gagner en part de marché des investisseurs) et internes (fonctionnaires et agents des Etats mal rémunérés) concourent à cette pratique dommageable pour ces pays. C'est la raison pour laquelle, la faiblesse des capacités institutionnelles, le manque d'information et de renseignement ne permettent pas souvent le règlement juridictionnel et judiciaire de certains dossiers d'investissements : « *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* »¹²¹⁰.

538. A travers la lutte contre la corruption des investisseurs on veut « humaniser » responsabiliser les pratiques d'investissement dans les pays cruellement en besoin de capitaux comme ceux d'Afrique de l'Ouest. Différentes Conventions interrégionale¹²¹¹, régionales¹²¹² et surtout internationales¹²¹³ ont toujours fait cas de la corruption comme pratique néfaste contre le développement, contre l'impact positif des investissements étrangers et qui doit être

¹²⁰⁹ Voir article 13 de l'Acte additionnel

¹²¹⁰ Voir article 30 al.3 Ibid

¹²¹¹ Convention de l'OCDE contre les pratiques de corruption contre les fonctionnaires étrangers souligne la gravité de cette pratique : « *Considérant que la corruption est un phénomène répandu dans les transactions commerciales internationales, y compris dans le domaine des échanges et de l'investissement, qui suscite de graves préoccupations morales et politiques, affecte la bonne gestion des affaires publiques et le développement économique et fausse les conditions internationales de concurrence.* » voir Préambule Convention sur la Lutte contre la Corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales » Adoptée par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997 https://www.oecd.org/fr/dal/anti-corruption/ConvCombatBritbery_FR.pdf consulté le 16 avril 2018

¹²¹² Pour mieux lutter contre les pratiques corruptrices en matière d'investissement, la Convention de l'UA contre la corruption parle doublement de la collaboration avec les pays d'origine des firmes transnationales et promouvoir la nécessaire coopération régionale : « *Dans l'esprit de la coopération internationale, les États parties s'engagent à : Collaborer avec les pays d'origine des multinationales pour définir comme des infractions pénales et réprime r la pratique de commissions occultes et les autres formes de corruption, lors des transactions commerciales internationales. Promouvoir la coopération régionale, continentale et internationale dans la prévention des pratiques de corruption dans des transactions commerciales internationales* » voir article 19 Convention de l'UA sur la prévention et la lutte contre la corruption adopté par la 2^e session ordinaire de la Conférence de l'Union à Maputo(Mozambique) le 11 juillet 2003 www.peaceau.org/uploads/convention-combating-corruption-fr.pdf voir aussi Sinjela (M) « La Convention de l'Union Africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption » pp.257-265 in « *L'Union Africaine cadre juridique et institutionnel Manuel sur l'Organisation Panafrique* », Paris, éd. A. Pedone 2013

¹²¹³ La Convention des Nations-Unies contre la corruption fait de la prévention le moteur de la lutte contre celle-ci. Ainsi dans son article premier : « *La Présente Convention a pour objet : De promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace ; b) De promouvoir, faciliter et appuyer la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs ; c) De promouvoir l'intégrité, la responsabilité et la bonne gestion des affaires publiques et des biens publics.* » voir N-U Convention des Nations-Unies contre la corruption New-York, 2004 https://www.unodc.org/documents/dohadeclaration/JI/UNCAC/UNCAC_french.pdf consulté le 17 février 2018

éradiquée. Les investisseurs étrangers et intra communautaires se voient aussi soumis à des obligations post établissement.

2) Les obligations postérieures à l'établissement

539. L'évolution des réglementations relatives aux investissements est marquée par des innovations sans cesse. Cela touche désormais des dimensions relatives à la gouvernance et les pratiques d'entreprise (a) et aussi la nécessité toujours de responsabiliser davantage socialement les investisseurs (b).

a- En matière de gouvernance et pratiques d'entreprise

540. En matière d'investissement, l'aspect le plus important a toujours consisté à accorder d'importantes faveurs aux investisseurs par les différents cadres juridiques nationaux et internationaux généraux et sectoriels. Cela est tellement évident qu'on parle à ce propos que « *le régime international des investissements est plein de bonté à l'égard des investisseurs étrangers* »¹²¹⁴. Les pays d'accueil de l'investissement n'étaient motivés que par l'amont de l'investissement c'est-à-dire les possibilités d'implantation des entreprises étrangères, et non l'aval concrètement la manière dont l'investisseur se conforme aux normes en vigueur au plan des pratiques comptables et de gestion.

541. Aussi, il y a eu beaucoup d'insuffisances sur le plan juridique : comme le non publication des contrats signés et les relations avec les collectivités locales. La préoccupation gestionnaire est mise en avant pour plus de transparence de l'investissement en se basant sur les normes nationales et internationalement acceptées : « *Conformément à la taille et à la nature d'un investissement, 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 pratiques comptables.* »¹²¹⁵ Cet aspect des contrats dans les pays en développement sont importants.

542. En effet, dans la pratique la matérialisation des investissements se fait toujours par le biais du mécanisme contractuel¹²¹⁶, mais ce dernier est plus ou moins entouré de secret. Il n'est pas publié et que d'une certaine manière viole le droit légitime et constitutionnel du citoyen à

¹²¹⁴ Voir Makane M.Mbengue « *Les obligations des investisseurs étrangers* » pp.295-337 in SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes-Saint-Denis « L'entreprise multinationale et le droit international », éd. A. Pedone –Paris-2017 p. 296

¹²¹⁵ Voir article 15 (Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO) de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO. Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

¹²¹⁶ Il a fait l'objet d'une doctrine de la part des juristes internationalistes sur sa nature juridique, le droit qui lui est applicable en cas de différend sur l'exécution des obligations entre les parties et la capacité de l'Etat cocontractant à donner des injonctions au nom de la souveraineté. Voir Ch. Leben, « la théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements » : RCADI 2003, vol.3 ; P. Mayer « la neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrat d'Etat », JDI 1986 ; P. Weil, « les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques » ; Ca. Titi « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil », J.D.I. -2 2014 pp.541-562

être informé des transactions financières qui l'engage faite par son État dans ses relations avec les entreprises étrangères : « *Les investisseurs et les autorités compétentes de l'Etat 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'Etat d'accueil, sous réserve de toute législation régissant la divulgation de tout renseignement commercial confidentiel.* »¹²¹⁷ La gouvernance doit se faire avec les collectivités infra-étatiques et la nécessité pour les États membres de la Communauté de participer dans l'élaboration de telles normes : « *Les investisseurs établissent et maintiennent, le cas échéant, des processus de liaison avec la collectivité conformément aux normes admises à l'échelle régionale lorsqu'elles sont disponibles.* »¹²¹⁸

543. La gouvernance et pratique d'entreprise pour tout investisseur étranger ou intra communautaire peuvent être établie par la Communauté au cas où, il n'y a pas eu participation de la part d'un ou des pays membres. Le texte le traduit fidèlement : « *Lorsque les normes pertinentes admises à l'échelle régionale telles que celles décrites dans le présent article ne sont pas disponibles ou ont été élaborées sans la participation des pays membres, elles peuvent être établies par la Communauté.* »¹²¹⁹

544. Cette innovation dans la protection des investissements- qui consiste à compléter en vue de l'harmonisation ultérieure des pratiques – par l'introduction et l'exigence de gouvernance moderne et vertueuse des entreprises qui implantent des activités dans les pays de la CEDEAO est l'une des innovations les plus pertinentes du cadre normatif communautaire relatif aux investissements intra et extra communautaire. Les investisseurs se voient obliger d'observer les principes relatifs à la responsabilité sociale des entreprises.

b- En matière de responsabilité sociale de l'entreprise et de l'investisseur

545. Les IDE et leur protection ne doivent avoir seulement pour objectif d'apporter la technologie, les emplois, et le savoir- faire dans les pays d'implantation. La préoccupation d'efficacité des règles relatives aux IDE cède de plus en plus le pas à une autre beaucoup en phase avec l'éthique et les nécessités du développement durable. Les questions liées aux investissements étrangers (traitement et protection) sont saisies au plan international par la nouvelle donne environnementale¹²²⁰. La prise en compte de la responsabilité sociale dans la

¹²¹⁷ Voir article 15 Ibid.

¹²¹⁸ Voir article 15 Ibid.

¹²¹⁹ Voir article 15 Ibid.

¹²²⁰ Les problématiques environnementales sont évoquées du point de vue diplomatique au niveau des Nations-Unies par la « Déclaration finale de la Conférence des Nations-Unies de 1972 sur l'environnement » adoptée à Stockholm le 16 juin 1972 ; N-U : « Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement » (3-14 juin 1992 à Rio de Janeiro Brésil) ; N-U : « Convention-Cadre des Nations-Unies du 9 mai 1992 sur les changements climatiques » ; N-U : « Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 à la Convention-cadre sur les changements climatiques » ; N-U : « Déclaration finale de Rio +20 de 2012 L'Avenir que nous voulons » 20-22 juin 2012 à Rio de Janeiro (Brésil) ; N-U : « Accord de Paris du 12 décembre 2015 sur le climat »

pratique des investissements peut être imposée par les textes comme dans la zone UE où elle est la plus élaborée¹²²¹.

546. De même l'importance accordée à cette nouvelle donne peut relever d'initiative ou d'engagement personnel des investisseurs¹²²². Enfin, la pratique de la RSE peut être une initiative coordonnée entre une Organisation Internationale en l'espèce l'ONU- par le biais de son Secrétaire Général -et les Firmes transnationales et autres investisseurs internationaux.¹²²³ Dans le cadre de la CEDEAO, la responsabilité de l'investisseur sur les plans d'éthique et environnementaux revêt désormais une obligation dont les entreprises communautaires et étrangères qui investissent sont tenues de se conformer. Cela commence par le cadre législatif et réglementaire du pays d'implantation.¹²²⁴

547. La protection des investissements dans la zone communautaire ouest africaine intègre pleinement les objectifs de durabilité et de développement. Ainsi l'obligation de conformité prévue par le « présent Acte Additionnel » va à : « *la taille, aux capacités et à la nature d'un investissement, et compte tenu ; des plans et priorités de développement de l'Etat d'accueil ; des objectifs du millénaire pour le développement et de la liste indicative des responsabilités sociales d'entreprises convenues par les États membres.* »¹²²⁵ Il est prévu aussi en matière de Responsabilité environnementale et sociale une certaine souplesse pour permettre à l'investisseur d'appliquer les normes les plus essentielles : « *Lorsque les normes de responsabilité sociale de l'entreprise s'élèvent, les investisseurs doivent s'efforcer d'appliquer et de respecter les normes les plus rigoureuses* »¹²²⁶. La responsabilité sociale de l'investisseur devienne de plus en plus la norme en la matière avant et durant la vie de l'investissement.

548. Cela est valable dans les États d'accueil de l'investissement étranger- qui sont devenus vigilants face à la nécessité du respect et de l'observance des obligations sociales et environnementales. Dans ce domaine, une zone traditionnellement grande pourvoyeuse d'investissements comme l'UE a été pionnière. Cette Organisation Communautaire a établi des directives strictes en matière de responsabilité sociale des entreprises au niveau

¹²²¹ Voir « *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* » livre vert Commission européenne juillet 2001 « Emploi et affaires sociales » www.correl.fr/upload/pdf/promouvoir-RSE.pdf consulté le 25 février 2018

¹²²² Ph. Kahn « éthique et investissements étrangers » pp.111-119 in « *l'éthique dans les relations économique internationales* » en hommage à Philippe Fouchard Paris, éd. Pedone 2006, p.117

¹²²³ Il s'agit des « *dix principes du Pacte Mondial (Global Compact) (2000 et 2004)* » Il n'est pas un instrument de réglementation, mais une initiative volontaire d'entreprises responsables. Ils sont relatifs aux domaines suivants : « *Droits de l'homme ; Droit du travail ; Environnement ; Lutte contre la corruption* » voir H. Ghérari Documents d'études n°3.12 La documentation française 2013 Droit international économique p.54

¹²²⁴ L'article 16 « *Responsabilité sociale de l'entreprise* » de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 de la CEDEAO portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO en dispose ainsi : « *Outre l'obligation de se conformer à : l'ensemble des lois et règlements applicables de l'Etat d'accueil* »

¹²²⁵ Voir article 16 *ibid*

¹²²⁶ Voir article 16 *ibid*

communautaire et à l'international¹²²⁷. La nécessité pour tout investisseur étranger et communautaire de se conformer aux textes législatifs et réglementaires sur le plan environnemental fait l'objet d'une compétence partagée entre la « Commission » et des États membres : « 2. *Les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux principaux domaines suivants : e) l'environnement ; f) la protection des consommateurs..* »¹²²⁸.

549. La Responsabilité sociale des entreprises a toujours demeuré pendant longtemps au stade des principes sans aucune consistance opérationnelle dans les pays en développement. En Afrique, particulièrement dans sa partie ouest, les Organisations Communautaires s'en sont appropriées¹²²⁹ désormais en vue d'en faire une exigence tout au long du processus d'investissement. Si les investisseurs ont des devoirs et des obligations envers le pays d'accueil, ce dernier a aussi en retour des obligations en matière de protection.

B : Les obligations de l'Etat d'accueil en matière de protection

Les pays d'accueil ont l'obligation de traiter les investisseurs communautaires à travers la transparence par l'équité procédurale au plan administratif et judiciaire (1) ; mais aussi par la veille sur le respect des normes et principes du développement durable (2).

1) La transparence par l'équité procédurale au plan administratif et judiciaire

550. Dans les pays d'Afrique de l'ouest, un aspect essentiel de la protection est souvent occulté, il s'agit de la protection en aval. C'est-à-dire une fois l'investissement effectué, sa vie demeure juridiquement assez précaire dans beaucoup de pays du fait de la bureaucratie, du faible suivi et surtout de l'absence sérieuse d'une régulation non discriminatoire. C'est la raison pour laquelle, la régulation juridique et institutionnelle devienne un enjeu essentiel de la protection de tous les acteurs des investissements et particulièrement les investisseurs. La

¹²²⁷ Voir Commission des Communautés européennes : Livre vert de la Commission « *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité des entreprises* » Bruxelles, le 18/07/2001 Com(2001) 35p. Au : https://www.humanrights.ch/upload/pdf/091209_livre_vert_EU_35p.pdf Voir OCDE- s'inscrit dans la dynamique tracée par « *Les Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* » OCDE, 1974 amendements de 2011 élabore des « *recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international* »

¹²²⁸ Voir article 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. Parmi les Organisations Communautaires dans le monde, le modèle normatif, institutionnel, politique de l'UE sur le plan environnemental et la RSE est le plus élaboré. Ses objectifs sont clairs et le niveau de « protection » exigée est « élevée » L'Article 191 du TFUE dispose que : « *La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants : - la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement ; - la protection de la santé des personnes ; - l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles ; - la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique. 2. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur....* »

¹²²⁹ Voir article 12 « *évaluation des impacts préalables à l'établissement* » de l'Acte Additionnel op cit.

discrimination arbitraire qu'on rencontre souvent dans les pays en développement d'accueil des investissements¹²³⁰ a fait l'objet d'une jurisprudence arbitrale assez consistante venant renforcer les principes protecteurs du droit international des investissements étrangers¹²³¹.

551. Les pays d'Afrique de l'ouest essentiellement importateurs de capitaux sont invités à avoir des textes conformément aux pratiques et normes internationalement établies sur le plan procédural de protection : « *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. Les investisseurs ou les investissements sont informés en temps opportun des instances administratives ou judiciaires qui leur sont directement liées, à moins qu'un tel avis ne soit exceptionnellement contraire au droit national* »¹²³².

552. Les administrations publiques et l'environnement judiciaire constituent le talon d'Achille de la sécurité juridique en amont et en aval de l'investissement et des investisseurs étrangers et communautaires. Ainsi, une invite est faite aux « *États d'accueil agissent de façon à ne créer aucun déni de justice dans le cadre des instances judiciaires et administratives* »¹²³³. La régulation non discriminatoire et effective pour une concurrence non faussée des acteurs de l'investissement exigent que : « *Les procédures administratives de prise de décision incluent le droit d'appel administratif des décisions, proportionnellement au niveau de développement de l'Etat d'accueil. Un contrôle judiciaire des décisions administratives doit également être disponible au moyen des procédures nationales dudit contrôle* »¹²³⁴. Dans le contexte de l'Afrique de l'ouest, la volonté d'harmonisation et de transparence se heurte souvent à la différence institutionnelle des pays.

553. En effet, ces derniers sont constitués de différents pays ayant des langues différentes, un modèle de gouvernance administrative et judiciaire différent et surtout une production normative différente. C'est la raison pour laquelle, le texte communautaire anticipe toutes ces

¹²³⁰ Alors que les instruments internes pronent l'égalité de traitement entre entreprises nationales et investisseurs étrangers sous réserve de réciprocité : « *Quelle que soit leur nationalité, les investisseurs reçoivent le même traitement eu égard aux droits et obligations découlant de la législation nigérienne et relatif à l'exercice de leurs activités* » voir article 12 de la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger

¹²³¹ L'arbitrage Etat/investisseur a précisé les principes protecteurs traditionnellement consacrés par le droit international en matière de pratique d'investissement. L'expropriation indirecte est la pratique la plus protégée par le tribunal arbitral du CIRDI dès lors qu'un « *investisseur est privé d'une partie substantielle de son investissement* » voir CIRDI l'affaire Monsieur Joseph Houben c. La République du Burundi CIRDI n°ARB/13/17 sentence du 12 janvier 2016 ; « *la liceité de la nationalisation effectuée sans indemnisation au regard du TBI* » l'affaire Tenaris S.A and Talta-trading E. Marketing Sociedad Unipessoal LDA V. Bolivarian Republic of Venezuela CIRDI aff. N°ARB/11/16 sentence du 29 janvier 2016 ; invocation de la protection de l'investissement par « *la clause de pleine et entière sécurité prévue par un TBI* » Affaire AAPL c.Sri Lanka, CIRDI aff. N°ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990 ; « *le devoir de protection et de prévention impose à l'Etat d'accueil de prendre des mesures contre les risques* » Affaire AMT c.Zaire, CIRDI, aff.n°ARB/93/1, sentence du 21 février 1997 ;

¹²³² Voir article 19 -Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO - de l'Acte Additionnel. A/SA.3/ 12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO » Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2009.

¹²³³ Voir article 19 *ibid*.

¹²³⁴ Voir *ibid*.

« différences » en soulignant : « *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 responsabilisation 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.* »¹²³⁵ La transparence et la sécurité de la protection sont devenues des enjeux essentiels dans les procédures relatives aux investissements internationaux et communautaires. De même que les États de la sous région ouest africaines ont parallèlement l'obligation de la veille sur le respect des normes et principes du développement durable concernant le traitement et la protection des investisseurs.

2) La veille sur le respect des normes et principes du développement durable

554. La concurrence des États, pour l'accueil et la promotion des investissements étrangers, a eu pour conséquence l'accentuation du déséquilibre de la protection en faveur des investisseurs étrangers. Autrement dit, la conséquence majeure de la concurrence ruineuse entre les États- pour savoir qui va réserver le meilleur traitement à l'investissement étranger- aura été l'unilatéralité de la protection envers et pour le profit quasi exclusif des investisseurs et au détriment des États d'accueil. Pourtant, ces derniers se préoccupent toujours du développement dans le cadre des investissements¹²³⁶.

555. L'investissement étranger est rattrapé et saisi par les principes du développement durable¹²³⁷. En effet, si la problématique de fond du développement a toujours été au cœur du droit des investissements étrangers¹²³⁸, le renouvellement du concept s'est fait à travers un socle de principes venant « humaniser » les pratiques d'investissement¹²³⁹. La protection par une haute référence aux principes du développement durable, interdit la règle du moins disant envers l'environnement, la santé publique et le travail. Faire la promotion de l'investissement au détriment des règles sociales n'est pas approprié. Le texte communautaire relatif aux investissements le souligne clairement : « *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*

¹²³⁵ Voir 19 la nécessité de démocratiser les contrôles et son ouverture au public sont soulignées : « *Les procédures de contrôle judiciaire et administratif sont ouvertes au public et les documents sont à sa disposition à moins que le droit national ne l'interdise. Les décisions rendues par les organismes conformément auxdites procédures sont mises à la disposition du public.* » *ibid*

¹²³⁶ Voir R. Geiger « Investissement et développement : Une approche multilatérale » pp.33-48 in « *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle en hommage aux professeurs D. Carreau & P. Juillard* » éd. A. Pedone- Paris-2009 p.34

¹²³⁷ Voir Déclaration Finale de Rio +20 de 2012 « *L'Avenir que nous voulons* » Rio de Janeiro (Etats-Unis du Brésil) du 20 au 22 juin 2012

¹²³⁸ Voir Nations-Unies « *Déclaration sur le droit au développement* » AGNU : 4 décembre 1986 Résolution 41/128 dont l'article premier range « le droit au développement est un droit inaliénable de l'homme »

¹²³⁹ Voir article 14 de l'Acte Additionnel relatif aux règles communautaires en matière d'investissement au sein de la CEDEAO du 19 décembre 2008 parle de la nécessité absolue du respect « *des règles d'hygiène, de santé et de couverture sociale en vigueur dans le pays d'accueil. Les investisseurs agissent en conformité avec les normes de l'OIT relative aux principes et aux droits fondamentaux du travail de 1998* »

*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. »*¹²⁴⁰.

556. La volonté d'avoir comme objectif la durabilité des investissements va à l'encontre d'une conception jusqu'alors admise que la promotion et l'accueil des investissements priment sur la nécessité du développement durable, l'impact environnemental et le respect des droits sociaux des pays d'accueil. La nécessité d'un niveau élevé de la protection et la nécessité de ne point sacrifier « l'idéal environnemental » sur l'autel de la protection et de l'attractivité sont affirmées avec force par le texte communautaire de référence qui invite à ce que : *« Chaque État Membre veille à ce que ses lois et réglementations garantissent des niveaux élevés de protection environnementale et de la santé des populations et s'efforce de continuer à améliorer lesdites lois et réglementations. Chaque État Membre veille à ce que ses lois et réglementations offrent un niveau élevé de protection en matière de travail et des 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 »*¹²⁴¹.

557. Sur ce point aussi on note un véritable renouveau du texte communautaire. Ce dernier invite les États Membres à aller plus loin dans la prise en compte du développement durable en fixant des objectifs clairs¹²⁴². La conformité au droit international des décisions de l'Etat membre est exigée. Par conséquent, la notion de développement durable dans la protection de l'investissement étranger et communautaire doit être en phase avec les Conventions et les pratiques internationales admises en la matière : *« 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 relative aux principes et aux droits fondamentaux du travail. Chaque État veille à ce que ses législations, politiques et mesures respectent les accords internationaux en matière de droits de l'homme auxquels ils sont Partie et, pour le moins, la liste des obligations et accords en matière de droits de l'homme déjà adoptés. »*¹²⁴³

558. Le développement durable- pourtant essentiel en matière d'investissement dans un continent au patrimoine culturel et à la végétation riche, divers et varié- a été toujours été parent pauvre des pratiques nationales, communautaires et surtout internationales des investissements. Est-ce que le concept sera opérationnel dans des pays en besoin chronique et cruel de capitaux étrangers ? Est-ce qu'il suffit de mentionner un principe – par ailleurs- essentiel dans un texte fut –il communautaire pour son applicabilité optimale ? Quoi qu'il en soit la nécessité d'une prise de conscience des enjeux liés au développement durable pousse les investisseurs à intégrer de plus en plus ces considérations pour des investissements

¹²⁴⁰ Voir article 20 Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO - de l'Acte Additionnel

¹²⁴¹ Voir article 21 *« Normes Minimales pour la protection en matière d'environnement, de santé publique, de travail et de droit de l'homme »* de l'Acte Additionnel. A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO » Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008.

¹²⁴² *« Tous les États Membres se dotent de lois nationales sur l'étude d'impact social, d'impact sur la santé des populations et d'impact environnemental qui répondent aux normes minimales adoptées par la Communauté »*
Voir article 21 ibid.

¹²⁴³ Voir article 21 ibid.

humainement et socialement responsables (IHSR). Le cadre juridique communautaire relatif aux investissements extra et intra Communautaire pose à son actif des avancées en matière de protection tout en posant des défis juridiques de l'Acte communautaire portant règlement des investissements dans la zone CEDEAO.

Section 2 : Les innovations et les défis juridiques de l'acte communautaire portant règlement des investissements

559. Devant la prise de conscience des insuffisances voire même des limites- d'une certaine manière- de la protection nationale des investissements, l'option communautaire semble de plus en plus une voie nouvelle qui est privilégiée. Une sous région comme l'Afrique de l'Ouest -où le processus est assez avancé contrairement à d'autres régions d'Afrique- fait de l'investissement -sa promotion, incitation, traitement et protection- la priorité des priorités. L'investissement (communautaire et extra communautaire) est considéré comme l'un des moteurs de l'intégration des pays de la sous région¹²⁴⁴. Pour cela, seule des règles harmonisées voire uniformisées à terme peuvent permettre aux États membres de se conformer aux pratiques internationalement admises en matière de protection et de promotion des investissements.

560. Dans le cadre de la réalisation d'une Union économique et monétaire et de la vision du marché commun des investissements de la CEDEAO : *« Les États membres s'engagent à établir dans un délai de cinq(5) ans après la création d'une Union Douanière, une Union économique et monétaire à travers :*

- (i) *L'adoption d'une politique commune dans tous les domaines d'activités socio-économiques, notamment l'agriculture, l'industrie, les transports, les communications, l'énergie et la recherche scientifique ;*
- (ii) *La suppression totale de tous les obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux et des services ainsi qu'au droit de résidence et d'établissement ;*
- (iii) *L'harmonisation des politiques monétaire, financières et fiscales, la création d'une Union monétaire de l'Afrique de l'Ouest, l'établissement d'une Banque centrale régionale unique et la création d'une monnaie unique pour l'Afrique de l'Ouest. »*¹²⁴⁵

561. Les innovations de l'environnement juridique communautaire relatif aux investissements intra et extra se traduit par la consécration (ce qui est une nouveauté par rapport aux droit international des investissements où les attentes légitimes n'étaient que

¹²⁴⁴ Cela passe par l'harmonisation du régime juridique des investissements entre les quinze(15) pays membres de l'Organisme communautaire dans le cadre de la Vion du marché commun des investissements de la CEDEAO Voir différents intruments juridiques communautaires : 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 Fait à Abuja(Nigéria)19 décembre 2008 ; voir aussi CEDEAO : Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie Fait à Abuja(Nigéria) octobre 2002 ; voir aussi CEDEAO : Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier Abuja(Nigéria) 26-27 mai 2009

¹²⁴⁵ Voir CEDEAO - Secrétariat exécutif Abuja(Nigéria) Traité signé le 28 mai 1975 révisé à Cotonou, le 24 juillet 1993 article 55

l'apanage des investisseurs) d'un droit d'exigence de l'Etat en matière de protection (§), elle se traduit aussi par les défis que posent les relations entre les investissements intra communautaires et les accords internationaux pertinents dont les États membres sont signataires (§2).

FF- Paragraphe 1 : La consécration d'un droit d'exigence de l'Etat en matière de protection

Le texte communautaire diffère d'une certaine manière des textes nationaux en matière de protection. Cela se traduit par le renforcement considérable des droits de l'Etat d'accueil (A) ; il y a aussi les droits et obligations de l'Etat d'origine en matière de protection (B).

A : Les droits de l'Etat d'accueil considérablement renforcés

L'Etat membre d'accueil de l'investisseur se voit renforcer en matière de protection par une exigence double concernant le rendement de l'investissement à travers les attentes légitimes (1) ; l'exigence de renseignements et d'informations concernant l'investisseur (2) et le dernier aspect c'est l'innovation originale dans le système de règlement des différends (3).

1) L'exigence en matière de rendement : les attentes légitimes

562. La protection de l'investissement dans le contexte des pays d'Afrique de l'Ouest et même au-delà, a toujours été faite dans la vision de combler les lacunes des politiques nationales de développement, combler le manque de technologie et de savoir faire et surtout rendre les différents pays attractifs sur le plan juridique. Le traitement des investissements étrangers est structuré autour de principes centraux et classiques qui accordent une sécurité juridique substantielle aux investisseurs étrangers. Au point, que « *toutes les règles du droit des investissements sont des règles de traitement.* »¹²⁴⁶ Le vocable a toujours été utilisé et pratiqué dans un sens favorable aux investissements et aux investisseurs étrangers.

563. Le principe veut qu'un État d'accueil respecte les engagements convenus en vue d'un traitement sécuritaire et non discriminatoire de l'investisseur étranger. Le tribunal arbitral a précisé, renforcé et exigé son respect de la part de tout État d'accueil de l'investissement¹²⁴⁷. Cette exigence est corrélée à la notion de responsabilité de l'Etat. Arnaud De Nanteuil précise la signification du principe et sa dimension sécuritaire : « *La notion d' « attentes légitimes » a fait apparition relativement récente dans le droit de l'investissement, mais elle n'a cessé d'y gagner de l'importance. Elle correspond à ce à quoi l'investisseur raisonnable serait en droit*

¹²⁴⁶ Voir Y. Nouvel « *Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements* » pp. 7-18 in Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements » R.G.D.I.P. Tome 119 2015 n°1 p.7

¹²⁴⁷ Voir CIRDI « LG&E Energy corp. e. a. c. Argentine, n°ARB/02/1 », sentence sur le fond le 3 octobre 2006 ; voir CIRDI Total S.A. c. Argentine n°ARB/04/01, sentence sur la responsabilité rendue le 27 décembre 2010.

*d'attendre de la part de l'Etat, dont la responsabilité pourrait être mise en jeu en cas de méconnaissance manifeste. »*¹²⁴⁸

564. Autrement, par le biais des « attentes légitimes », l'investisseur peut et pouvait espérer un retour certain sur investissement et un engagement- explicite et parfois implicite- de la part de l'Etat d'accueil pour lui offrir un traitement juridique pleinement sécuritaire. Dans le contexte de la protection communautarisée des investissements, les États ont « renversé le bénéficiaire » de l' « exigence de rendement », mais cela doit se faire en conformité des textes internationaux pertinents.¹²⁴⁹ L'enjeu de la protection c'est que la réciprocité des avantages et des bénéfices jouent pleinement en faveur des États et des investisseurs : « *les États d'accueil peuvent imposer des exigences de rendement pour promouvoir des retombées nationales des investissements en matière de développement. Les mesures adoptées avant l'achèvement, par l'Etat d'accueil, des mesures prescrivant les formalités pour l'établissement d'un investissement sont réputées conformes au présent Acte additionnel...* »¹²⁵⁰ Le changement de comportement par rapport à la notion traditionnelle d'attentes légitimes couvre un large éventail de secteurs ayant trait au transfert de technologie, à la nécessité du contenu national. Les différentes mesures couvertes sont les exigences suivantes : «

- a) *exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services ;*
- b) *atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;*
- c) *acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire ;*
- d) *acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire ;*
- e) *lier le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux flux de devises attribuables à cet investissement ;*
- f) *restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire, en liant cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises ;*
- g) *adopter des mesures similaires ayant pour but la promotion du développement national.»*¹²⁵¹.

565. Un meilleur environnement juridique d'investissements se traduit par un contrôle en amont de l'investisseur étranger avant le démarrage de ses activités, mais aussi par un suivi de l'exécution des obligations convenues dans le contrat et en adéquation avec le/les texte(s) de référence. C'est la raison pour laquelle, le renouveau de la protection se traduit- fait inhabituel dans les cadres juridiques nationaux relatifs aux investissements étrangers- par l'exigence de renseignements et d'informations sur l'investisseur et son statut.

¹²⁴⁸ Voir A. De Nanteuil Droit international de l'investissement, éd. A. Pedone- 2014 p. 332

¹²⁴⁹ (1) « *Les États Membres reconnaissent leurs obligations concernant les mesures d'investissement liées au commerce établies dans les autres accords internationaux auxquels ils sont Parties* » voir article 24 (Vision du marché commun des investissements de la CEDEAO) de l' « *Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO* » Fait à Abuja(Nigéria) siège de la CEDEAO le 19 décembre 2008

¹²⁵⁰ Voir article 24 *ibid.*

¹²⁵¹ Voir al.3 de l'article 24 *ibid.*

2) L'exigence de renseignements et d'informations concernant l'investisseur

566. L'unilatéralité de la protection en faveur des investisseurs étrangers se traduit (outre le déséquilibre juridique constatée dans le traitement) aussi et surtout par une asymétrie d'informations entre acteurs. En effet, les pays d'Afrique de l'Ouest accueillent pour l'essentiel des grandes firmes transnationales des pays développés, mais aussi (de plus en plus des grandes firmes des nouveaux pays investisseurs. La conséquence de ces promotions, c'est le traitement libéral absolu dont bénéficient ces grandes entreprises. Ce qui se traduit par différentes facilités juridiques, des exonérations sur le plan fiscal et surtout un contrôle et un suivi peu rigoureux pour déterminer (au plan informationnel) l'acteur qui investit. Sur ce point, le cadre communautaire vient combler une tare qui existait au niveau des États membres sur le plan interne.¹²⁵²

567. De même, dans l'optique d'une « néo protection » désormais plus globale de l'investissement étranger et communautaire en Afrique de l'Ouest, il est permis aux États membres de la Communauté de scruter les éventuels antécédents de l'entreprise ou de l'investisseur sur les différents aspects de ses pratiques et de la vie en entreprise¹²⁵³. La notion d'information est entendue au sens large. Elle doit être un instrument de facilitation afin de rendre fluide les investisseurs entre les États d'origine et les États d'accueil. Elle est traduite de la manière suivante : « *Les États d'origine, 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 investissement en vertu du présent Acte additionnel et du droit national de l'État d'accueil. Les États d'origine doivent protéger les renseignements commerciaux confidentiels à cet égard.* »¹²⁵⁴

568. La liberté des investissements consacrée (dans le principe) par les textes communautaires est tempérée –exceptionnellement– par l'exception sécuritaire. Le concept de « sécurité nationale » est conçu ici de façon large et globale englobant les domaines commerciaux et plus largement politiques : « *Aucun élément du présent Acte additionnel ne peut être interprété comme :*

¹²⁵² « 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 confidentiel. » voir article 22 « publication de l'information » de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 op cit.

¹²⁵³ L'article 26 le détaille de la manière suivante : « (1) 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 dans son État d'origine.

(2) Les États d'accueil protègent les renseignements commerciaux confidentiels qu'ils recevront à cet égard.

(3) Les États d'accueil peuvent mettre les renseignements fournis à la disposition du public dans la collectivité où l'investissement pourrait se situer, sous réserve de la protection des renseignements commerciaux confidentiels et d'autres lois nationales applicables » ibid.

¹²⁵⁴ Voir l'article 28. De l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 Ce dispositif note aussi à propos des « normes qui s'appliquent à l'investissement » dans son al.2 que : « Les États d'origine, 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, y compris, et de façon non exhaustive, leurs procédures en matière d'étude d'impact social de santé publique et environnemental »

- a) exigeant d'un État membre qu'il accorde ou permette l'accès à tout renseignement dont elle juge la divulgation contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité ; ou
- b) 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 ses propres intérêts essentiels en matière de sécurité. »¹²⁵⁵.

569. Les renseignements et l'information sont deux éléments dont la maîtrise permet aux États membre de mieux protéger, d'assurer un bon suivi et de contrôle des investissements intra et extra communautaires. En effet, la connaissance d'informations sur le/les investisseur(s) permet à l'Etat d'accueil de connaître le partenaire- à qui il a affaire- pour éviter certaines déconvenues comme (l'engagement de la responsabilité de l'investisseur en cas d'infraction contre les lois et règlement de l'Etat d'accueil transparence des transactions etc.), De même la protection juridique ne va pas sans une protection judiciaire originale de l'investissement.

3) L'innovation particulière dans le système de règlement des différends

Le règlement judiciaire constitue une originalité en ce sens qu'il consacre un mode de règlement étroitement corrélé au comportement de l'investisseur (a), ce qui pose la question de la réhabilitation de la souveraineté de l'Etat dans la procédure de règlement (b).

a- Un mode de règlement lié à la responsabilité de l'investisseur

570. Le droit international des investissements instaurent un modèle de règlement des différends reconnaissant un droit unilatéral d'ester en justice pour tout investisseur étranger lésé dans ses activités par les pratiques du pays d'accueil¹²⁵⁶. Le principe de reconnaissance de personnalité et de capacité en matière de règlement des différends pour la personne privée sont également prévus par les textes nationaux¹²⁵⁷ et bilatéraux¹²⁵⁸ des États d'Afrique de

¹²⁵⁵ Voir article 37 de l'Acte additionnel A.SA3/12/08 portant réglementation des investissements de la CEDEAO Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

¹²⁵⁶ C'est la principale innovation de la Convention de Washington « reconnaître légalement la personne privée étrangère comme un ayant droit dans la procédure internationale relative aux investissements étrangers. Voir « De la demande d'arbitrage » article 36 de la Convention de Washington du 26 mars 1965 portant création du CIRDI

¹²⁵⁷ Au cas où la procédure de règlement à l'amiable échoue et que le désaccord persiste, « le règlement du différend fait l'objet d'arbitrage dans les conditions ci-après : La constitution d'un collège arbitral par- la désignation d'un arbitre par chacune des parties ;-la désignation d'un tiers arbitre par les deux premiers arbitres. » Voir article 47de la Loi n°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger, alors que le Code de la Guinée est plus nuancée si la phase du règlement à l'amiable échoue, c'est à dire qu'ici l'arbitrage n'est pas automatique d'autant plus que la juridiction interne a son mot à dire : « Tout différend ou litige entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République de Guinée, relatif à l'application du présent Code, est réglé à l'amiable et, à défaut, par les juridictions guinéennes compétentes. Cependant, les parties peuvent convenir de soumettre le différend ou litige à un tribunal arbitral... soit d'un

l'Ouest. L'originalité dans le cadre de la norme Communautaire est de mettre en avant les faits constitutifs de la responsabilité de l'investisseur.¹²⁵⁹

571. Autrement, lorsque les faits incriminés sont constitutifs des agissements de l'entreprise, cette dernière ne peut entamer aucun processus de règlement des différends. L'acte additionnel communautaire vise un fléau majeur- qui accompagne les investissements étrangers dans le contexte Ouest africain- que sont les pratiques de corruption à travers l'octroi d'avantage illégal ou indu directement ou par des intermédiaire à un agent public d'un État membre¹²⁶⁰. Ici on note une volonté textuelle et des pratiques communautaires- sur le plan des investissements- de dénuier entre les faits pour lesquels, une procédure amiable voire arbitrage pour régler les différends peut être entamé et les faits liés directement à la responsabilité de l'investisseur pour lesquels l'Etat d'accueil ou d'origine peut soulever cette question à titre d'opposition lorsqu'une juridiction externe ou arbitrale est saisie¹²⁶¹.

572. Dans le contexte spécifiquement ouest africaine, ce modèle judiciaire de règlement des différends vise à une volonté manifeste et explicite de faire conformer les investisseurs aux pratiques des investissements socialement responsables¹²⁶² et de prohiber aussi d'autres pratiques manifestement néfastes pour des investissements justes et avec un impact social réel : il s'agit des faits de corruption.¹²⁶³ Ainsi, une compétence est explicitement donnée à l'Etat d'accueil et à l'Etat d'origine d'ester en justice pour poursuivre

commun accord, soit des TBI conlu entre la République de Guinée et l'Etat dont la personne physique ou morale étrangère concernée est ressortissante » voir Assemblée Nationale Loi L/2015/N°008 portant Code des investissements de la République de Guinée, Conakry 25 mai 2015

¹²⁵⁸ Dans les TBI comme celui signé entre la France et le Sénégal, l'autorisation de saisine du tribunal par la personne est formulée de façon particulière : « *Si dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des parties contractantes, le différend n'est pas réglé, il est soumis à la demande de l'une ou l'autre Partie contractante, à un tribunal d'arbitrage* » voir article 11 du TBI entre la France et le Sénégal signé à Dakar(Sénégal), le 26 juillet 2007. Etant donné que généralement les pays en développement argument souvent l'incompétence du CIRDI à connaitre certaines affaires les impliquant -voir *affaire AGardellida SpA c. République de Cote d'Ivoire aff. N°ARB/74/1 sentence du 29 aout 1977-*, et que l'Etat d'accueil, contrairement à l'investisseur étranger souvent demenderresse, est défenderesse la plupart du temps. Par conséquent, il est aisé de comprendre que la requete portant saisine a toujours le fait de l'entreprise étrangère qui s'estime lésée.

¹²⁵⁹ « *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 ou le décès dans l'Etat d'accueil.* » Voir article 17 « *Responsabilité de l'investisseur* » de l'Acte additionnel A.SA.3/12/08 de la CEDEAO portant réglementation des investissements Fait à Abuja le 19 décembre 2008

¹²⁶⁰ Voir 21 Code panafricain d'investissements Commission de l'Union Africaine Departement des Affaires économiques, décembre 2016

¹²⁶¹ L'article 18de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO Fait à Abuja Nigéria le 19 décembre 2008(siège de l'Organisme communautaire Ouest africaine) en dispose ainsi : « (1) *Lorsqu'il est établi par un tribunal d'une juridiction compétente d'un État d'accueil qu'un investisseur a violé l'Article 13(Faits de 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. 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* »

¹²⁶² Voir article 16 « *Responsabilité sociale de l'entreprise* » de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 du 19 décembre 2008

¹²⁶³ Voir article 13 qui fait une invite à ce sens : « *Avant et après l'établissement d'un investissement, les investisseurs et leurs investissements s'abstiennent de tout acte de corruption...* » Ibid

l'investisseur : « *Lorsqu'un État d'accueil ou un État d'origine pense qu'un investisseur ou son investissement a violé l'article 13 ci-dessus visé, ou ne s'est pas acquitté, de façon constante, des obligations qui lui incombent en application de l'article 14 ou 15, et que ledit investisseur ou investissement a été informé par l'Etat d'accueil ou l'Etat d'origine, selon le cas, l'un ou l'autre des deux États peut entamer des poursuites devant un tribunal établi en vert du présent Acte additionnel .* »¹²⁶⁴

573. Le texte communautaire ne vient –il pas remettre en cause- d'une certaine manière- l'internationalité du règlement des différends (après l'échec des moyens et procédés à l'amiable) ? Est-ce qu'écarter le moyen de règlement par voie d'arbitrage serait le même selon qu'il s'agit d'une violation contractuelle ou d'une violation conventionnel bilatérale¹²⁶⁵ ? La vision du texte communautaire qui veut allier sécurité juridique des investissements et volonté d'affirmer la compétence des juridictions locales- pour des faits imputables à la responsabilité directe de l'investisseur- n'est-il pas une volonté explicite de « réhabiliter » la souveraineté judiciaire des États dans la procédure ?

b- La réhabilitation de la souveraineté judiciaire des États dans la procédure ?

574. Même si l'internationalité de la procédure de règlement des différends en matière d'investissement est un fait établi et consacré. Selon Charles Leben « *Le contentieux arbitral relatif aux investissements internationaux a pris, au regard du droit international économique comme du droit du contentieux en général, une importance que personne n'aurait soupçonné il y a vingt ans* »¹²⁶⁶. Il n'en demeure pas moins, que certains pays en développement « résistent » toujours quant à leur méfiance envers l'arbitrage Etat/investisseur(s) et ses procédures¹²⁶⁷ et que d'autres pays plus avancés ont récemment- à la faveur des nouveaux modèles d'accords commerciaux régionaux- adopté un système de règlement des différends

¹²⁶⁴ Voir article 18 ibid

¹²⁶⁵ Le Tribunal arbitral du CIRDI évoque toujours cette hybridité voire ce « partage » des compétences entre certains actes susceptibles d'être tranchés par les juridictions internes (violation contractuelle) et d'autres (violations conventionnelles) où la procédure d'arbitrage est enclenchée pour son règlement. Dans l'affaire Impreglio c. Pakistan, CIRDI, ARB/03/3, décision du 29 janvier 2005 « *après avoir constaté que les allégations portées à sa connaissance étaient très étroitement liées à la violation du contrat en tant que telle, le tribunal arbitral a décidé de surseoir à statuer, le temps que les juridictions pakistanaises rendent une décision sur la responsabilité contractuelle de l'Etat* » citée par Sabrina Cuendet « La saisine parallèle des juridictions internes » pp107-136 in « L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Réflexions sur la proceduralisation du droit international de l'investissement » Colloque Sd de A. De Nanteuil, éd. A. Pedone-Paris-2015 p.119

¹²⁶⁶ Voir Leben (Ch.), « *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* », Paris, éd. Anthémis LGDJ, 2006 p.1

¹²⁶⁷ A l'instar des pays d'Amérique du Sud de tendance progressiste qui ont dénoncés et se sont retirés de la Convention de Washington de 1965 portant CIRDI : La Bolivie a commencé le 2 mai 2007, puis la l'Equateur, le 9 juillet 2009 et la République Bolivarienne de Venezuela le 24 janvier 2012 Voir Cazala (J.) « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », AFDI-2012 pp.551-565 ; voir aussi Manciaux (S.), « Le Venezuela se retire du CIRDI », Revue de l'arbitrage, 2012, n°1, pp.215-221

assez original en vue de ne pas laisser le monopole de l'initiative procédurale aux investisseurs étrangers.¹²⁶⁸

575. La volonté d'« échapper » à l'arbitrage est d'autant plus grande dans la relation d'investissement État entreprise(s) que les pays d'accueils sont systématiquement défendeurs dans la procédure d'arbitrage.¹²⁶⁹ Les pays d'Afrique de l'Ouest ont consacré doublement sur le plan national et sur le plan conventionnel bilatéral le principe du règlement des différends par la procédure arbitrale ad hoc ou institutionnelle, sans pour autant exclure la compétence des juridictions internes comme en Guinée¹²⁷⁰. Cela est partie intégrante de la protection offerte à tout investisseur étranger. Le contexte sous régional ouest africain accorde une grande importance à la phase pré contentieuse des différends relatifs aux investissements.¹²⁷¹ Non seulement, l'automatisme du recours à l'arbitrage n'est pas automatique, mais l'arbitrage dont il s'agit est assez spécifique et très liée aux mécanismes judiciaires nationaux : « (6) *Tout différend entre un État membre et un investisseur visé en application du présent Article qui n'est pas réglé à l'amiable par des discussions mutuelles peut être soumis à l'arbitrage comme suit :*

(a) *Tribunaux nationaux des États membres ;*

¹²⁶⁸ Accord Canada-UE CETA Prenant en conscience des insuffisances et limites objectives, l'Accord CETA-Chapitre 8 huit « *Investissement* » Section A met l'accent sur le règlement pacifique des différends qui doit revêtir une attention particulière à travers la concultation et la médiation. Ainsi selon l'article 8.19 « *Dans la mesure du possible, un différend devrait être réglé à l'amiable. Un tel règlement peut être convenu à tout moment, y compris après que la plainte a été déposée en vertu de l'article 8.23* ». De même, selon l'article 8.20 : « *Les parties au différend peuvent, à tout moment, convenir de recourir à la médiation* ». De la même manière cet Accord commercial d'un type nouveau instaure un tribunal original « *Dès l'entrée en vigueur du présent accord, le comité mixte de l'AECG nomme quinze membres du tribunal, dont cinq ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, cinq ressortissants du Canada et cinq ressortissants de pays tiers* » article 8.27. Enfin le CETA fait une proposition originale pour alterner le système actuel de règlement des différends par la création d'un tribunal multilatéral des investissements : « *Les parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements.* » Voir article 8.29 l'intégralité de l'Accord entré en vigueur le 21 septembre 2017 au www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/ceta-rm-01-fra.pdf

¹²⁶⁹ Voir Tall Saidou-N. « L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers : Les États d'Afrique subsaharienne devant le tribunal du CIRDI », Revue édition juridique africaine(EDJA) N°56 janvier-février-Mars 2003 pp.53-84 p. 56

¹²⁷⁰ Sans pour autant exclure l'arbitrage dans le règlement final et définitif du litige, le Code de ce pays sur les investissements dispose dans le principe que : « *Tout différend ou litige entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République de Guinée, relatif à l'application du présent Code, est réglé à l'amiable et, à défaut, par les juridictions guinéennes compétentes.* » voir article 43 de la Loi L/2015/N°008/AN du 25 mai 2015 portant Code des investissements de la République de Guinée.

¹²⁷¹ « (5) *Les États membres peuvent également établir des centres nationaux de médiation pour faciliter le règlement des différends entre eux et les investisseurs ou investissements compte tenu des règles, coutumes et traditions régionales en matière d'investissements compte tenu des règles, coutumes et traditions en matière d'investissement. 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* » voir article 33 « *procédures de règlement des différends* » de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

(b) *Tout mécanisme national chargé du règlement des différends en matière d'investissements.* »¹²⁷²

576. De même lorsque le différend persiste et que les moyen amiables n'ont pas réussi à régler le différend la solution judiciaire régionale est privilégiée : « *Lorsque pour tout différend visé en application du présent Article, il y a désaccord sur le mode de règlement des différends à adopter, la Cour de Justice de la CEDEAO est saisie dudit différend.* »¹²⁷³ La volonté réaffirmée de transparence absolue de la procédure d'arbitrage est soulignée.¹²⁷⁴ La volonté de faciliter la circulation des décisions judiciaires dans la zone communautaire dépourvue d'exequatur est soulignée par la force exécutoire.¹²⁷⁵ Dans le cadre communautaire, les pays de la sous région ouest africaine ont des droits et des obligations en matière de protection des investissements.

B : Les droits et obligations de l'Etat d'origine en matière de protection

Les pays membres ont l'obligation d'octroyer des facilités à l'investissement particulièrement ceux transfrontaliers (1). Le devoir des Etats, est de sévir en cas de manquement de la part de l'investisseur (2).

1) L'Assistance et les facilités offertes à l'investissement : l'exemple des investissements transfrontaliers

577. Le phénomène communautaire vise à trouver une solution régionale aux défis complexes des problèmes du développement (commerce et investissements). Ceci passe par l'établissement de règles et de normes communes qui visent à terme à harmoniser les pratiques économiques, sociales, environnementales et même politique¹²⁷⁶. La notion d'investissement sur le plan communautaire présente beaucoup de particularités : elle désigne les investissements intra communautaires, les investissements d'origine externes c'est-à-dire les investissements directs étrangers.¹²⁷⁷ Si dans les marchés communautaires comme l'UE le

¹²⁷² Voir article 33 ibid.

¹²⁷³ Voir article 33 al.7 Ibid

¹²⁷⁴ L'article 34 de l'Acte additionnel relative à la « *transparence de la procédure* » souligne et note : « *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.* »

¹²⁷⁵ « (1) Les décisions sur les questions relatives aux investissements rendues par les instances de médiation, d'arbitrage et judiciaire en dernière instance ont force exécutoire. » Voir article 35 « force exécutoire des sentences finales de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 de la CEDEAO

¹²⁷⁶ C'est un volet qui revet une importance particulière « *en vue de la réalisation des objectifs d'intégration de la Communauté, les États Membres s'engagent à coopérer dans le domaine des affaires politiques notamment en prenant les mesures appropriées aux fins de l'application effective du présent traité...* » Voir article 56 du traité de la CEDEAO signé le 28 Mai 1875 à Lagos(Nigéria) et révisé à Cotonou(Bénin) le 24 juillet 1993

¹²⁷⁷ Il faut dire que sur ce point, comparé à la zone CEDEAO (où les investissements intra communautaire sont extrêmement faibles pour ne pas dire inexistant), l'UE offre une zone communautaire où les investissements intra zones sont aussi importants (du fait des pourcentages élevés d'échanges entre les vingt sept 27 États membres entre eux). Les investissements extra zones (sorties de capitaux sous forme d'IDE) sont aussi significatifs et très développés du fait des caractéristiques de ces pays qui ont le statut d'exportateurs de

but principal est d'harmoniser les normes et constituer un bloc économique fort à l'instar des États Unis et de la Chine, la zone CEDEAO vise à assurer une intégration en vue de construire par la solidarité des économies en développement. En effet, dans cette sous région, les États sont quasiment tous un statut d'importateurs de capitaux. Autrement, les investissements communautaires sont faibles et insignifiants.

578. C'est la raison pour laquelle, les pays membres cherchent à développer les investissements et projets de développement transfrontaliers. Le traité révisé de la CEDEAO dispose qu' :

«1. En vue d'assurer l'intégration harmonieuse de leurs infrastructures physiques et d'encourager et de faciliter les mouvements de personnes, de biens et de services au sein de la Communauté, les États Membres s'engagent à :

- (a) élaborer une politique commune en matière de transports et de communications ainsi que des lois et règlements y afférents ;*
- (b) développer au sein de la Communauté un vaste réseau de routes praticables en toutes saisons tout en accordant la priorité aux routes inter-états ;*
- (c) élaborer des plans visant à améliorer et à assurer l'intégration des réseaux ferroviaires et routiers de la Région ;*
- (d) élaborer des programmes en vue de l'amélioration des services de cabotage et des voies navigables inter-états ainsi que de l'harmonisation des politiques en matière de transports et de desserte maritimes ;*
- (e) coordonner leurs points de vue dans les négociations internationales en matière de transports maritimes ;*
- (f) encourager la coopération en ce qui concerne la programmation des vols, la location des avions, l'octroi et l'exploitation en commun de la cinquième liberté aux compagnies aériennes de la région ;*
- (g) promouvoir le développement des services régionaux de transports aériens et encourager la fusion des compagnies aériennes nationales afin de renforcer leur efficacité et leur rentabilité ;*
- (h) faciliter la mise en valeur des ressources humaines grâce à l'harmonisation et à la coordination de leurs politiques et programmes nationaux de formation dans le domaine des transports en général et dans le domaine des transports aériens en particuliers ;*
- (i) œuvrer en vue de la normalisation des équipements utilisés au niveau des transports et des communications et pour la mise en place d'infrastructures communes de production, de maintenance et de réparation. »*¹²⁷⁸

La pauvreté des infrastructures et la faiblesse des échanges intra communautaires nécessitent une facilité et une promotion des investissements transfrontaliers. La nécessité d'octroyer des

capitaux. Voir par ailleurs B. Poulain « *Développement récents du droit communautaire des investissements internationaux* », RGDIP 2009-4 pp.873-895

¹²⁷⁸ Voir article 32 « *transports et communications* » du traité révisé de la CEDEAO Fait à Cotonou, le 24 juillet 1993 publié par le Secrétariat exécutif de la CEDEAO Abuja Nigeria

facilités pour cette forme d'investissement est souligné par le texte communautaire : « (1) Les États d'origine doivent faciliter les investissements transfrontaliers vers d'autres États de la Communauté. Ladite assistance correspond aux buts et priorités de développement des pays d'implantation desdits investissements. »¹²⁷⁹

579. Les investissements transfrontaliers comprennent les secteurs importants dans le processus de développement communautaire : « a) le renforcement des capacités des administrations et programmes de l'Etat d'accueil en matière de promotion et de facilitation de l'investissement ; b) les programmes d'assurance fondés sur des principes commerciaux ; c) le transfert de technologie ; et d) les missions commerciales périodiques, le soutien des conseils commerciaux conjoints et autres efforts coopératifs de promotion des investissements durables. »¹²⁸⁰ Le devoir d'assistance- par le biais des investissements transfrontaliers- n'exclut pas la prise éventuelle de sanction en cas de responsabilité avérée de l'investisseur.

2) L'accroissement de la responsabilité de l'investisseur par le biais des sanctions

580. Dans les textes nationaux de protection, et même dans les T.B.I. signés par les pays d'Afrique de l'ouest, le désir d'accorder un haut niveau de protection conduit les pays d'accueil à une certaine « tolérance » vis-à-vis des manquements de la part de certains investisseurs. Cela est dû au souci des États de ne pas dégrader l'environnement juridique et judiciaire sécurisant auquel les investisseurs évoluent. Le principe de la responsabilité est un concept dont la mutation a eu des incidents évidents sur la protection sécurisée des investissements étrangers dans les pays en développement¹²⁸¹ Explicitement, invite est faite aux États d'origine de sévir envers certaines pratiques des investisseurs sur le territoire d'autres États membres : « 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 décisions présumés des investisseurs,

¹²⁷⁹ Voir article 27 « Assistance et facilités offertes à l'investissement transfrontalier » de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 de la CEDEAO portant réglementation des investissements au sein de la CEDEAO

¹²⁸⁰ Voir article 27 *ibid*

¹²⁸¹ Initialement, Le concept a toujours accompagné l'évolution du droit et des pratiques d'investissement dans les pays en développement : il visait dans le principe à engager la responsabilité des grandes entreprises qui s'implantent dans les pays en développement. En retour, Ces dernières pour se défendre et se protéger- évoquent où ont recours à la protection diplomatique. C'est-à-dire quant un État prend fait et cause pour un de ses ressortissant(s)-personnes physiques ou morales- qui a subi des pratiques qu'il juge non fondées au regard du droit, voir l'article de la professeure Stern (B.) « La protection diplomatique des investissements internationaux De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements proressifs de l'analyse », JDI-4 1990 pp.897-945. Toutefois, le caractère dynamique et évolutif du concept de responsabilité ne s'est jamais démenti : elle passe aujourd'hui pour être un principe protecteur de l'investisseur étranger. Ce dernier use souvent du principe pour engager éventuellement les États d'accueil de l'investissement en cas de manquement envers leurs devoirs ou obligations. Le phénomène est plus visible surtout depuis la signature des TBI, voir Leben (Ch.) « la responsabilité internationale de l'Etat sur le fondement des Traités de promotion et de protection des investissements » AFDI, 2004 pp.683-730

*connexes à leurs investissements sur le territoire d'autres États Membres. Les lois de l'Etat d'accueil en matière de responsabilité s'appliquent à ces poursuites. »*¹²⁸².

581. Dans le cas d'espèce du texte communautaire- comme pour prendre encore une fois le contre pied des textes nationaux pertinents en matière d'investissement- les États d'accueil des investisseurs et des investissements sont invités à prendre un arsenal de sanctions en cas d'action ou omission contraire à la loi de la part d'entreprises communautaires ou extra communautaires : « (1) *Les États membres considèrent comme infractions pénales, recherchent, poursuivent et punissent de sanctions appropriées, 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'Etat d'accueil, à son profit d'un tiers, pour que cet argent 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 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. »*¹²⁸³

582. Les pratiques corruptrices sont un élément structurant et accompagne souvent-dans certains grands investissements extractifs ou dans les infrastructures- les pratiques d'affaires dans les pays d'Afrique de l'ouest. La stratégie de la rupture sur le plan de la lutte contre la corruption est réaffirmée : « *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. »*¹²⁸⁴

583. La protection communautarisée des investissements préserve la dimension promotionnelle et attractive pour les investissements intra et extra communautaire, mais lui ajoute une autre l'instauration d'une gamme de sanctions en cas de commission d'actes ou de manquement relatif aux textes pertinents communautaires. La volonté d'harmonisation des règles et normes relatives à la protection et à la promotion des investissements pose et soulève la question de la nature des rapports entre droit communautaire et droit international à propos des investissements intra communautaires.

GG- Paragraphe 2 : La relation avec les accords multilatéraux et les défis relatifs aux investissements intra-communautaires

A : Les relations de l'Acte communautaire avec les TBI signés par les États d'Afrique

¹²⁸² Voir article 29 « *Responsabilité de l'investisseur dans l'Etat d'origine* » de l'Acte additionnel

¹²⁸³ Voir article 30 al.1 de l'Acte additionnel

¹²⁸⁴ Voir article 30 al.3 *ibid.*

Elle se traduit par l'exclusion aux avantages et bénéfices des États signataires de T.B.I. avec des pays d'Afrique de l'Ouest (1) L'exclusion des États tiers signataires de TBI aux bénéfices et avantages liés à l'appartenance à l'Union économique. Il y'a aussi L'exemple de l'UE est illustratif est le statut des TBI souscrits par les États membres (2).

1) L'exclusion des États tiers signataires de TBI aux bénéfices et avantages liés à l'appartenance à l'Union économique

584. Les droits et obligations souscrits dans le traité et les différents actes communautaires ne concernent que les États membres signataires. Autrement, les règles, principes et normes imposées pour faciliter l'intégration économique ne bénéficient qu'aux signataires de l'Acte fondateur originaire de l'Organisation. Ainsi, les principes du droit des investissements structurants la protection des investisseurs (le traitement de la nation, le traitement national et le traitement juste et équitable) sont rigoureusement circonscrits aux Membres de la Communauté.

585. Les États tiers sont exclus des bénéfices de tels avantages et que par conséquent, les États de la CEDEAO ne doivent pas signer ou accorder des concessions, facilités et avantages qui vont à l'encontre des obligations souscrites dans le cadre communautaire prévu par le traité fondateur : *« 1. Les États Membres s'accordent, dans le cadre des échanges commerciaux mutuels, le traitement de la nation la plus favorisée. En aucun cas les concessions tarifaires consenties à un pays tiers par un État Membre ne peuvent être plus favorables que celles qui sont appliquées en vertu du présent Traité »* Le texte communautaire souligne aussi la nécessité pour les États membres de ne pas s'engager sur des accords bilatéraux qui puissent aller à l'encontre des obligations contenues dans le traité fondateur. L'alinéa 2 le souligne ainsi : *« 2. Aucun accord conclu entre un État membre et un pays tiers prévoyant l'octroi de concessions tarifaires ne doit porter atteinte aux obligations qui incombent à cet État membre en vertu du présent Traité. »*¹²⁸⁵

586. La restriction des avantages ne concerne pas que l'aspect commercial, mais concerne surtout la nature et l'étendue des bénéfices contenus dans les APPI dont les pays de la sous région ouest africaines sont signataires. Dans ces instruments bilatéraux de promotion et de protection réciproques, il est strictement défendu à l'Etat membre signataire d'étendre les avantages découlant de l'appartenance à une union douanière, commerciale. L'APPI entre la République de Guinée et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud parle de ces privilèges comme découlant :

« a) d'une union douanière, une zone de libre de échange, un marché commun existant ou futur, un accord international similaire ou un arrangement provisoire conduisant à une telle union douanière, zone de libre échange ou marché commun dont l'une ou l'autre Partie Contractante est ou peut devenir membre ;

c) d'un accord international ou un arrangement lié totalement ou en partie au régime d'impôts ou une loi interne liée totalement ou en partie aux impôts ;

¹²⁸⁵ Voir publication du Secrétariat exécutif de la CEDEAO Abuja-Nigeria traité révisé article 43 Fait à Cotonou(Bénin) le 23 juillet 1993

- d) *d'une loi interne ou toutes autres mesures visant à promouvoir l'égalité sur son territoire ou destinée à protéger ou à favoriser des personnes ou catégories de personnes désavantagées par une discrimination injuste sur son territoire.* »¹²⁸⁶

587. Cette exception préférentielle est aussi soulignée par l'APPI entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République fédérale du Nigéria.¹²⁸⁷ Le droit communautaire de l'investissement de la CEDEAO en l'espèce l'Acte additionnel va dans le même sens que les TBI signés par les pays d'Afrique de l'Ouest sur les exceptions.¹²⁸⁸ L'organisme communautaire pousse les États membres à se conformer et chercher la compatibilité des Accords commerciaux internationaux avec le dispositif communautaire : « (1) *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.* »¹²⁸⁹ La compatibilité de la protection communautarisée de l'investissement et les engagements bilatéraux en matière d'investissement se pose dans toutes les Organisations régionales et le pionnier d'entre elle- l'UE avec les nombreux TBI intra communautaire- n'y échappe pas.

2) L'exemple de l'Union européenne sur le statut des traités bilatéraux d'investissement souscrits par les Etats-membres.

¹²⁸⁶ Voir article 3 al.4 « *traitement des investissements* » de l'APPI entre le gouvernement de la République de Guinée et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud Fait à Pretoria (Afrique du Sud), le 25 septembre 2007

¹²⁸⁷ L'article 4 al.4 « *protection des investissements* » dispose –« *Les dispositions des 2 et 3 de l'article 4 ne devront pas être interprétées de façon à obliger l'une des parties contractantes à accorder aux investisseurs de l'autre partie contractante un traitement, préférence ou privilège découlant de :*

- a) *Toute union douanière, présente ou future, zone de libre échange, marché commun, ou tout autre accord international similaire, ou tout arrangement provisoire, devant aboutir à la création de tels union douanière, zone de libre échange ou marché commun, auxquels l'une des parties contractantes est partie ou peut adhérer ;*
- b) *Tout accord international portant sur des arrangements concernant, partiellement ou en totalité, la fiscalité, ou une quelconque législation interne portant partiellement ou en totalité, sur la fiscalité ;*
- c) *Toute loi ou autre mesure visant à assurer l'égalité sur son territoire ou à protéger, ou à assister des individus désavantagés par une discrimination injuste sur son territoire.* » Voir JO de la République algérienne n°16 (5 Moharram 1424) du 8 mars 2003 de l'APPI Algérie et le Nigéria Fait à Abuja(Nigéria), le 14 janvier 2002

¹²⁸⁸ L'Acte additionnel prévoit des situations et invite les États à « renégocier » les TBI signés incompatibles après l'entrée en vigueur de l'Acte communautaire. L'article 31 en dispose ainsi : « (1) *Tous les 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.* (2) *Les États Membres veillent à ce que tous les accords d'investissement futurs auxquels ils deviennent Parties sont pleinement conformes au présent Acte additionnel sur les investissements, particulièrement en ce qui concerne l'équilibre des droits et obligations qu'il établit et les principales caractéristiques du système de règlement des différends. Les États membres se prononcent sur la conformité avec lesdites obligations.* » Voir art.31 « *Relation avec les autres accords et obligations en matière d'investissement* » de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

¹²⁸⁹ Voir article 32 *ibid.*

588. Traditionnellement, la réglementation et la protection des investissements sont du domaine de la souveraineté exclusive des États d'accueil. Dans un continent comme l'Europe, composé essentiellement de pays exportateurs de capitaux, ces derniers avaient même des modèles d'accords bilatéraux de protection des investissements de leurs entreprises-qui leurs sont propres- dans leurs politiques commerciales et économiques avec les pays tiers¹²⁹⁰. A la faveur de l'intégration communautaire, la compétence nationale change de mains au profit des instances supra nationales, en l'espèce la Commission Européenne. En effet, au terme du Traité de Lisbonne, désormais un secteur comme l'investissement étranger¹²⁹¹(négociation et conclusion d'Accord commerciaux et d'investissement) échoit à la Commission de l'UE(Bruxelles).¹²⁹² Le fondement explicite de la compétence communautaire se fonde sur les bouleversements et les enjeux liés aux accords commerciaux régionaux globaux de troisième génération¹²⁹³.

589. Dans le cadre de la politique commerciale commune avec les États tiers et les blocs économiques régionaux, la Commission prépare, négocie et conclue(en étroite collaboration avec les États membres qui lui donnent mandat de négocier en leur nom) des accords commerciaux et d'investissement : *« La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation , ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions. La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union. »*¹²⁹⁴

590. Pourtant, malgré le caractère explicite du traité et de la réglementation dérivée européens, la réglementation juridique des investissements continuent à diviser

¹²⁹⁰ Dans le domaine des TBI, les pays avancés exportateurs de capitaux, ont chacun un modèle de protection juridique dans ses différents aspects, notamment les « clauses types sur la définition de l'investissement, les « clauses types » sur les garanties de traitement et de protection réciproques d'investissement contre les discriminations et les « clauses types » concernant les modes de règlement des différends. Voir « le modèle suivi par la pratique française » Ghérari (H.) Documents d'études n°3.12 Droit international économique La documentation française 2013 p.38

¹²⁹¹ Concept qui- dans le jargon du droit communautaire- désigne les « *mouvements des capitaux entre les États membres* » Voir article 53 du traité révisé de la CEDEAO du 24 juillet 1993 à Cotonou(Bénin)

¹²⁹² Au sein de l'UE désormais l'article 206 du TFUE (ex article 131 TCE) dispose : « *Par l'établissement d'une union douanière conformément aux articles 28 à 32, l'Union contribue, dans l'intérêt commun, au développement harmonieux du commerce mondial, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux et aux investissements étrangers directs, ainsi qu'à la réduction des barrières douanières et autres.* » Voir Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne in Relations internationales Grands textes politiques et juridiques Sd de L. le Hardy de Beaulieu 3^e édition , 2017, Anthemis s.a p.303

¹²⁹³ Ex « *Tafta* » Accord de commerce en négociation entre les Etats-Unis et l'Union européenne et le « *CETA* » Accord commercial entre le Canada et l'Union européenne entré en vigueur à titre provisoire le 21 septembre 2017. Les deux Accords ont un volet protection des investissements très important. Ils sont négociés par la Commission de Bruxelles qui a reçu mandat explicite des États membres de l'UE

¹²⁹⁴ Voir article 207 du TFUE ibid

profondément¹²⁹⁵ et soulève pas mal de controverses du fait de son incertitude (sur la prévalence parmi les deux niveaux de réglementation : nationale et communautaire et accords internationaux) parmi la doctrine « internationalo-communautariste. »¹²⁹⁶ L'action de l'UE montre une volonté d'avoir une protection désormais communautarisée des investissements directs des étrangers dans et surtout à l'extérieur des pays de la zone. C'est la volonté affichée par Bruxelles dont l'objectif est : d' « *aboutir à une à une situation dans laquelle les investisseurs de l'Union européenne et des pays tiers n'auront pas besoin de compter sur les TBI conclus par l'un ou l'autre des États membres pour que leurs investissements soient efficacement protégés* »¹²⁹⁷

591. L'explicité textuelle ne suffit pas à clore le débat sur la nature des TBI signés par les pays membres de l'UE entre eux- notamment les éventuels incompatibilités au vu du traité européen. Ainsi, se pose la question de l'applicabilité et de la validité continue de ses instruments bilatéraux après que l'instance suprême européenne soit compétente désormais en ce qui concerne leur négociation et leur signature. Ici l'application du principe de primauté de la norme communautaire- sur tout autre norme que ça soit nationale et/ou bilatérale- a pour effet l'éviction de la norme concurrente ou contraire. La question est d'autant plus complexe surtout quand le tribunal arbitral (à la suite des acteurs institutionnels européens) s'y mêle aussi.¹²⁹⁸

¹²⁹⁵ Les États membres de l'UE n'ont pas la même approche des pays comme l'Allemagne, la France et l'Italie veulent un renforcement de la réglementation communautaire envers les investissements directs étrangers destinés à « *protéger* » certains secteurs stratégiques et la motivation de grands investissements au sein de la Zone. D'autres pays –comme les pays scandinaves libre échangistes y sont assez réticents.

¹²⁹⁶ Voir Sabrina R-Cuendet « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable ? », RGDIP-4 2011 pp. 857 ; voir aussi Ouédraogo S-M. « Les problèmes juridiques relatifs à la communautarisation du droit des investissements dans l'espace UEMOA », AFDI-2012 p. 523

¹²⁹⁷ Voir Commission Européenne juillet 2011 Communication au Conseil, au parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulé « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux » cité par (B.)Poulain & (M.) Raux « *Actualité du droit européen des investissements internationaux* », RGDIP 2011 pp.113-140 p.112 et s.

¹²⁹⁸ « *La sentence rendue dans l'affaire Eastern Sugar montre que les conditions d'un débat sont aujourd'hui réunies (le 13 avril 2007, il a été divulgué que la République Tchèque venait d'être condamnée par un tribunal arbitral à indemniser la société Eastern Sugar suite à un différend né dans le cadre de la distribution de quotas sucriers, distribution organisée dans le cadre des engagements pris par cet État au titre de la politique agricole commune. Cette procédure arbitrale avait été initiée en 2004 sur le fondement d'un TBI conclu entre la République Tchèque et les Pays-Bas.)* » Pourtant, après cette décision, le statut des TBI intra communautaires était loin d'être clos. L'auteur Bruno Poulain évoque longuement cette hésitation « *Les réponses données sont encore en effet pour le moins insuffisantes et prêtent à discussion. Si on s'en tient aux informations données dans le communiqué, le tribunal a évité pour sa part de répondre directement à la question posée, en considérant notamment que le TBI intra-communautaire en cause restait de toute façon applicable pour le règlement de différends nés avant la date de l'accession tout en refusant d'en référer à la Cour de justice par la voie de la question préjudicielle. Quant à l'opinion de la Commission européenne, il nous est indiqué que, de son avis, il était souhaitable d'éliminer les TBI intra-communautaires qui lui apparaissent comme étant largement primés par le droit communautaire. Ces éléments ne permettent pas de clarifier la situation des différends nés depuis l'accession des nouveaux États membres sous l'empire de TBI dont l'élimination est suggérée mais rien n'est en rien acquise* » Voir B. Poulain « *Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne* » RGDIP 2007 pp.803-828 p 810 et s.

592. Par conséquent, le principe d'incompatibilité posé par le traité instaurant l'UE¹²⁹⁹ voudrait que les États membres mettent fin purement et simplement aux TBI intra communautaires.¹³⁰⁰ La volonté explicite et clairement manifestée au sein de l'UE d'avoir « l'exclusivité » des compétences en matière de TBI et particulièrement d'investissement, n'est pas le même au sein de la CEDEAO où l'instance (hormis la volonté d'harmonisation réglementaire) fait face à la toute puissance de la souveraineté des États membres, malgré la volonté d'intégration.

B : Une exclusivité de compétences moins nette au sein de la CEDEAO

Dans la zone communautaire CEDEAO, l'exclusivité des compétences est entravée par l'importance que les États membres attachent à leur pouvoir de réglementation de l'investissement (1), la conséquence est que le partage des compétences demeure toujours surveillé par les États (2).

1) L'attachement des États membres à leur pouvoir de réglementation au niveau nationale

593. Contrairement au modèle communautaire et régional de l'UE où la réception des actes dérivés dans le droit interne est facilitée par les États destinataires, dans le contexte régional africain cet acquis intégratif est loin d'être simple. En effet, dans le régionalisme africain- au niveau continental¹³⁰¹ et surtout sous régional- les principes et modèles dégagés par le droit communautaire comme la primauté, l'immédiateté et l'effet direct sont difficilement respectables voire la plupart du temps royalement ignorés par les États membres malgré leur

¹²⁹⁹ Voir l'article 307 du Traité CE

¹³⁰⁰ La Commission de Bruxelles invite les États membres à les dénoncer pour préserver l'exclusivité de la compétence de la CJUE ? L'auteur Baptiste Tranchant tente une réponse en coupant la poire en deux (soulignant une raison qui paraît difficilement défendable « et l'autre plus recevable ») : « la mauvaise, tout d'abord, c'est celle qui se fonde sur l'article 344 TFUE (ex art.292 TCE) relatif à l'exclusivité de la compétence de la CJUE. Pour la Commission, les clauses d'arbitrage investisseur/Etat insérées dans les TBI conclus entre États membres violeraient cette disposition des traités européens. Pourtant, il semble pour le moins difficile de faire entrer ces arbitrages investisseur/Etat relatifs à la violation d'un TBI dans le champ de l'article 344 TFUE. En premier lieu, l'article 344 TFUE vise en effet uniquement les différends entre États membres de l'UE (les différends interétatiques, donc), alors que les TBI instaurent des arbitrages entre un individu et un Etat. En second lieu, l'article 344 TFUE ne devrait couvrir que les litiges qui ont pour objet principal l'application du droit communautaire –ce qui n'est pas le cas des réclamations fondées sur la violation d'un TBI- et non tout litige susceptible de soulever, ne serait-ce qu'à titre incident, une question touchant au droit communautaire. La Commission avance toutefois un autre argument pour qu'il soit mis fin aux TBI intra-communautaires : il s'agit de la non discrimination entre les ressortissants communautaires. Est mis en cause sur ce fondement le fait que des ressortissants européens puissent être traités différemment en raison de leur nationalité lorsqu'ils investissent sur le territoire d'un État membre. » Voir B. Tranchant « Le partage entre l'Union et les États membres de la compétence externe : questions soulevés par les accords de protection des investissements » in Collection droits européens « L'Europe face au monde » Sd de Loïc Gard, éd. A. Pédone-Paris-2013 pp.21-31 p.23 et s.

¹³⁰¹ Incarné par l'Union africaine qui a remplacé l'Organisation de l'Unité africaine par l'adoption de l'Acte Constitutif de l'UA. Cet Organisme continental qui a divisé l'Afrique en cinq régions souffre de sa bureaucratie et l'inefficacité de ses décisions. Les États membres n'observent pas les règles, principes et normes qui leurs sont destinées. L'Organisation continentale a du mal à faire accepter ses décisions

foi en l'intégration. Le domaine des investissements étrangers et intra-communautaires illustre ce difficile partage des compétences. Cet attachement voire cette discrétion en matière de réglementation se traduit par une concurrence des États membres pour savoir qui va octroyer le traitement le plus favorable à l'investissement et aux investisseurs étrangers parfois au détriment des investisseurs intra- communautaires.¹³⁰²

594. La décentralisation et la multiplication des réglementations des investissements au niveau de chaque État ont abouti à l'octroi de larges avantages et droits aux investisseurs étrangers à travers les dispositions juridiques internes relatives aux investissements communément appelées Code des investissements. La Souveraineté demeure toujours réelle dans les Organisations régionales africaines sur les questions sensibles comme les investissements. Sény M. Ouédraogo le souligne fort : « *Les organisations économiques n'intervenant que par délégation de souveraineté, la détermination de l'étendue de leur compétence est importante pour vérifier si elles ne sortent pas de leur champ d'action. La promotion des investissements intracommunautaires participant de la construction du marché commun, on ne s'étonnera pas que celle-ci soit explicitement reconnue dans les compétences de l'Union. Ce qui n'est pas le cas des investissements extracommunautaires, à propos desquels la compétence de l'Union demeure impérieuse.* »¹³⁰³

595. De fait, ce « nationalisme » législatif et réglementaire n'aide pas à une protection juridique de l'investissement profitable aux États d'accueil. En effet, si un amont les textes communautaires de référence la nécessité de l'harmonisation et invitent les États membres à s'y conformer, il faut qu'en aval et de fait la concurrence pour séduire davantage les investisseurs étrangers l'emportent. Prenant conscience des risques que courent les États membres devant cette concurrence effrénée, la Commission de la CEDEAO met en garde contre de telles tentatives : « *Les États d'accueil potentiels évitent d'entrer en compétition pour attirer un ou des investissement(s) au moyen de mesures qui faussent la concurrence régionale en matière d'investissement. A cet égard, les États membres engagent des négociations visant à harmoniser les mesures appropriées qui seront orientées vers des actions de sensibilisation et de mobilisation.* ».¹³⁰⁴

596. La volonté d'uniformisation est entravée par l'obstacle que constitue (la plupart du temps) par les égoïsmes nationaux au plan de la réglementation. Ainsi, la concurrence fiscale et réglementaire battent son plein ceci à comme conséquence la compétition réglementaire au détriment de la solidarité réglementaire. Autrement, l'esprit de compétition prenne le pas sur

¹³⁰² L'affaire « *Dangoté Cement* » avec le Gouvernement du Sénégal du nom de la firme panafricaine nigériane spécialisée dans la cimenterie. Elle a eu des difficultés lorsqu'elle a voulu s'implanter au Sénégal : la concurrence l'accusait notamment le « *groupe Vicat* » et les « *Ciments Layousse* » de bénéficier d'avantages indue et de vouloir destabiliser le marché en cassant les prix et que le marché national sénégalais ne peut absorber trois cimenteries

¹³⁰³ Voir Sény Mahamadou Ouédraogo « *Les problèmes juridiques relatifs à la communautarisation du droit des investissements dans l'espace UEMOA* », AFDI LVIII-2012-CNRS éditions, Paris pp.515-549 p.520

¹³⁰⁴ Voir article 23 « *mesures de promotion* » de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO Fait à Abuja le 19 décembre 2008

l'esprit de solidarité. Le partage des compétences des compétences toujours surveillé par les États membres pour l'équilibre ?

2) Le partage des compétences toujours surveillé par les États ?

597. La communautarisation comparée de la protection des investissements intra et extra communautaires diffère selon les particularités institutionnelles, politiques, économiques et juridiques. En effet, dans la zone communautaire de l'UE : les pays sont pour l'essentiel exportateurs de capitaux ayant leur modèle de protection de l'investissement à l'étranger et surtout la zone communautaire est un espace où la protection juridique des investissements intra et extra communautaires est une réalité. Alors que dans le contexte de l'Afrique, les pays sont importateurs d'investissements et de technologie, n'ont pas théorisé ni mettre sur pied un modèle d'APPI et surtout la zone CEDEAO est un espace en gestation démocratique où l'environnement juridique, judiciaire et l'application des lois et règlements ne sont pas toujours protecteurs de l'investisseur étrangers et surtout des intérêts de l'Etat.

598. Le partage des compétences se traduit par mandat express reçu par la Commission d'Abuja de la part des États en vue de l'objectif d'harmonisation des législations nationales en vue leur conformité aux actes communautaires. Cette invite est inscrite dans les buts et objectifs de l'Organisme communautaire : « 2. *Afin de réaliser les buts énoncés au paragraphe ci-dessus, et conformément aux dispositions pertinentes du présent Traité, l'action de la Communauté portera par étape sur : (f) la promotion d'entreprises communes par les organisations du secteur privé et les autres opérateurs économiques notamment avec la conclusion d'un accord régional sur les investissements transfrontaliers ;(h) l'instauration d'un environnement juridique propice ;(i) l'harmonisation des codes nationaux des investissements aboutissant à l'adoption d'un code communautaire des investissements ;* »¹³⁰⁵. Le partage des compétences se traduit par la coopération entre l'entité supérieure que représentent le secrétariat exécutif et les États membres.

599. Cela se traduit concrètement par la double nécessité de la compatibilité des actes posés par les États et l'information nécessaire que doit recevoir les autorités communautaires sur un éventuel engagement (Traité bilatéral, accords économiques etc.). Le statut des accords conclus par les États est décrit de la manière suivant par le droit primaire : « 1. *Les États membres peuvent conclure des accords à caractère économique, technique ou culturel avec un ou plusieurs États Membres, avec des États Tiers, des organisations régionales ou toute autres organisation internationale à condition que ces accords ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent Traité. A la requête du Secrétariat Exécutif, ils lui communiquent copies desdits accords économiques, à charge pour lui d'en informer le Conseil.* »¹³⁰⁶ Le seul domaine qui matérialise l'exclusivité des compétences est le domaine des nouveaux générations d'accords commerciaux régionaux communément appelés les accords de troisième génération combinant le commerce et les investissements.

¹³⁰⁵ Voir Secrétariat exécutif de la CEDEAO Abuja-Nigéria article 3 « buts et objectif » du traité révisé de la CEDEAO Fait à Cotonou(Bénin) le 23 juillet 1993

¹³⁰⁶ Voir article 84 ibid

600. Par le biais de ces nouvelles catégories d'accords : mandat expresse est donné à la Commission de l'Organe communautaire sous régionale pour négocier et conclure- au nom et pour le compte des États membres- l'accord avec un pays important ou un bloc économique régional. C'est l'exemple des accords entre la CEDEAO et l'UE dénommés APE.¹³⁰⁷ Quoi qu'il en soit, le partage des compétences pour la négociation et la conclusion d'accords multilatéraux de commerce et d'accords bilatéraux d'investissement n'est pas encore effectif et réel dans des pays, toujours très attachés à leurs souverainetés en ce qui concerne leurs rapports avec l'extérieur au plan économique-commerce et investissement- malgré un certain discours militant sur l'intégration et la nécessité du transfert de souveraineté.

Conclusion du chapitre 1

601. La protection des investissements extra et intra communautaires est une dimension essentielle de l'intégration économique et même politique dans la sous région ouest africaine. Le processus de l'intégration est marquée par la volonté des États membres de créer une zone économique avec des règles libérales où les personnes, les biens, les capitaux et les services circuleront librement sur l'étendue de la zone sans entrave aucune sur le plan juridique et de l'excès de régulation. Prenant le contre pied-parfois du cadre juridique interne souvent trop déséquilibré en faveur des investisseurs), le marché commun des investissements veut instaurer un environnement juridique protecteur où les intérêts des États membres seront défendus davantage sans discrimination pour autant envers les investisseurs.

602. Un environnement communautaire de l'investissement nécessite deux aspects fondamentaux : l'instauration de hautes normes protégeant les investisseurs et leurs investissements tout en renforçant considérablement les obligations et devoirs juridiques réciproques des acteurs. La volonté de mettre sur pied un environnement communautaire de protection de haut niveau se heurte à la réception médiocre du droit dérivé de la part de ses destinataires que sont les États particulièrement ceux qui sont chargés d'exécuter les normes c'est-à-dire les administrations publiques nationales des différentes Etats. Ce qui a pour conséquence une protection « peu sécuritaire » des investisseurs malgré la qualité des textes.

603. L'harmonisation textuelle comme technique, procédure et processus de protection des investissements au niveau sous régionale se traduit aussi par la volonté d'innovation de l'acte

¹³⁰⁷ Les Accords de partenariat économique(APE) se négociaient entre la CEDEAO et l'Union européenne. Néanmoins, ces accords piétinent jusqu'à présent (Les pays d'Afrique de l'ouest sont divisés sur la signature de ces dits accords. Deux pays ne l'ont pas encore signés (il s'agit du Nigéria et de la Gambie). Alors que le Canada et la Cote d'Ivoire ont signés les accords intérimaires pour pouvoir bénéficier de l'accès au marché de l'UE sans réciprocité.

juridique communautaire. Ceci se traduit par la nouveauté que constitue pour les États membres d'avoir un droit d'exigence envers tout investisseur quant à une protection réelle et globale des deux acteurs de l'investissement -l'Etat membre d'accueil et l'investisseur communautaire et étranger-. La protection communautarisée de l'investissement est une nécessité et une volonté de tous les instants – afin d'assurer les pays exportateurs de capitaux et les entreprises étrangères-. C'est la raison pour laquelle, l'acte communautaire s'efforce de réglementer strictement l'étendue de l'application de l'Acte additionnel par rapport aux engagements bilatéraux et internationaux relatifs au commerce et à l'investissement.

604. La mise en place du marché juridique commun des investissements est une manifestation de la volonté politique d'assurer une protection juridique de haut niveau en adéquation avec les règles et pratiques internationalement admises. Toutefois cette volonté, qui traduit des efforts considérablement sur le plan de l'amélioration des textes pertinents, est loin de suffire. En effet, une protection juridique de qualité requiert un environnement juridique, judiciaire et institutionnel au niveau régional(en adéquation avec l'application à différents niveaux sur le plan national) pas dégradé où les acteurs (à différents niveaux) appliquent la loi et les règlements avec compétence et impartialité. La volonté communautaire d'améliorer le climat des investissements par la mise en place d'un cadre juridique communautaire attractif est solide et fait continuellement des progrès assez substantiels.

605. Toutefois l'effectivité juridique et globale de la sécurité juridique communautarisée de l'investissement a subi et subie beaucoup d'obstacles dans la région ouest africaine par : *« les entraves à la libre circulation des personnes, des biens et des capitaux entre les pays ont continué à freiner le flux des investissements directs ou des placements de portefeuille dans la région en dépit de l'abondance des opportunités d'investissements viables. Cette situation est aggravée par l'insuffisance des infrastructures requises et par l'instabilité politique. »*¹³⁰⁸ Comme la communautarisation est un enjeu majeure et une donnée fondamentale de l'évolution des réglementations en Afrique de l'Ouest, elle se traduit par conséquent à un renforcement sans précédent de la protection des investissements extractifs et la perspective prospective du Code communautaire des investissements.

¹³⁰⁸ Voir « *Fondement d'un marché d'investissement commun de la CEDEAO* » publication du Département du secteur privé Commission de la CEDEAO Abuja(Nigéria), juillet 2008 p.1

Chapitre 2 : Le renforcement de la communautarisation et l'harmonisation de la protection dans le cadre des investissements extractifs et le nouvel enjeu du code communautaire des investissements

606. L'environnement juridique de la protection communautarisée s'est traduit par des évolutions marquées par des bouleversements et innovations en vue « *d'harmoniser les systèmes judiciaires et juridiques* »¹³⁰⁹. Pour la protection des investissements, le contexte institutionnel et les préoccupations économiques fondamentales déterminent le contenu et la particularité du cadre juridique. C'est la raison pour laquelle, des investissements comme ceux consacrés dans le secteur extractif demeurent toujours privilégiés dans les différents instruments communautaires. Les investissements relatifs aux ressources naturelles- notamment la nécessité d'avoir un cadre juridique protecteur des intérêts de tous les acteurs et particulièrement les Etats- ont toujours préoccupés les autorités et organes communautaires. Cette volonté est longuement résumée par le Traité de la CEDEAO :

« 1. Les États Membres conviennent d'harmoniser et de coordonner leurs politiques et programmes dans le domaine des ressources naturelles.

2. A cet effet, ils s'engagent à :

(a) chercher à approfondir les connaissances et entreprendre une évaluation de leurs potentialités en ressources naturelles ;

(b) améliorer les méthodes de fixation des prix et de commercialisation des matières premières par une politique concertée ;

(c) échanger des informations sur la prospection, l'établissement de cartes, la production et la transformation des ressources minérales ainsi que la prospection, l'exploitation et la distribution des ressources en eau ;

(d) coordonner leurs programmes de développement et d'utilisation des ressources minérales et halieutiques ;

(e) promouvoir des relations interindustrielles verticales et horizontales susceptibles d'être tissés entre les industries des États Membres au cours de l'exploitation de ces ressources ;

(f) promouvoir la formation continue de la main d'œuvre qualifiée, élaborer et mettre en œuvre des programmes conjoints de formation et de perfectionnement à l'intention des cadres afin de développer les ressources humaines et les capacités technologiques appropriées requises pour l'exploration, l'exploitation et la transformation des ressources minérales et halieutiques ;

(g) coordonner leurs positions dans toutes négociations internationales sur les matières premières ;

¹³⁰⁹ Voir article 57 du traité révisé de la CEDEAO op cit. p.21

(h) mettre au point un système de transfert de connaissances et d'échanges de données scientifiques, techniques et économiques en matière de télédétection entre les États Membres »¹³¹⁰.

607. De même, la protection communautarisée des investissements est loin d'être figée. Son évolution est telle qu'on peut parler de l'émergence d'un droit régional des investissements¹³¹¹ : « Convaincue que la vision de l'intégration et le développement de l'Afrique nécessite le renforcement du marché régional, la création de richesses et la promotion de la concurrence par l'accroissement de la production, du commerce et des flux d'investissements dans les pays africains »¹³¹². Cette volonté d'harmonisation voire à terme d'uniformisation du cadre juridique de la protection s'inscrit à travers les différents instruments juridiques communautaires relatifs aux investissements extractifs qui constitue une volonté de protection responsabilisée des investissements sur les ressources naturelles (Section 1), parallèlement, le caractère substantielle et prospectif de la protection se pose à travers la mise en place d'un Code communautaire de protection des investissements (Section 2).

Section 1 : Les instruments juridiques communautaires relatifs aux investissements extractifs : une volonté de protection responsable des ressources naturelles

608. Le cadre législatif et réglementaire relatif aux investissements dans les pays ouest africains s'est longtemps intéressé sur une catégorie d'investissements particuliers qui sont les ressources naturelles. Cela s'explique doublement : premièrement ces pays sont très risqués (au plan institutionnel, politique et précarité du cadre juridique) avec une conflictualité très élevée ce qui a pour conséquence l'absence d'investissements diversifiés avec une logique de long terme, deuxièmement, les investissements potentiels (reçus par ces pays) se sont concentrés sur le secteur extractif dont ils regorgent. Ces investissements ont toujours préoccupé ces pays dans le sens d'un équilibre des prestations, une harmonisation du cadre législatif et réglementaire et une participation des secteurs privés locaux dans ce secteur dominé par les méga firmes internationaux.

609. Prenant conscience des insuffisances, des inadaptations et du déséquilibre des cadres juridiques extractifs nationaux l'instrument communautaire qu'est l'Acte Additionnel A/SA.16/02/12 souligne dans l'article que : « L'objectif principal de la politique de développement des ressources minérales de la CEDEAO est de promouvoir le développement d'un secteur des ressources minérales efficace dans la région en améliorant les informations géologiques et minérales, en régulant et en développant les activités artisanales et minières à petite échelle et en s'assurant de la responsabilité sociale des entreprises, des acteurs de l'exploitation des ressources minérales dans des plans de développement local des

¹³¹⁰ Voir Secrétariat exécutif de la CEDEAO du traité révisé fait à Cotonou, le 24 juillet 1993 voir article 31 « Ressources Naturelles »

¹³¹¹ Voir Vers « une lex mediterranea des investissements », Bruxelles, éd. Bruylant, 2016

¹³¹² Voir Commission de l'Union Africaine Département des affaires économiques Projet Code panafricain d'investissements Projet, décembre 2016 « Préambule » https://au-int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf consulté le 20 avril 2018

communautés minières.»¹³¹³ Les investissements extractifs font l'objet d'une harmonisation juridique à travers les la législation relative aux investissements énergétique par le biais du protocole A/P4/1/03 d'octobre 2002 de la CEDEAO sur l'énergie (§1), par aussi l'harmonisation du droit des investissements miniers par la Directive Communautaire C/DIR3/05/09 du 27 mai 2009 de la CEDEAO sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier (§2).

HH- Paragraphe 1 : L'harmonisation des législations relatives aux investissements énergétiques : le protocole A/P4/1/03 d'octobre 2002 de la CEDEAO sur l'énergie

La protection communautarisée des investissements énergétiques par la mise en place du marché énergétique ouvert et concurrentiel (A). Le Texte communautaire innove beaucoup par sa pertinence (B) et sa vision sur une énergie particulière le pétrole (C).

A : La mise en place du marché énergétique ouvert et concurrentiel

Le marché communautaire juridique des investissements énergétiques se fait par la référence aux accords internationaux pertinents (1), mais aussi par la recherche de coopération pour l'efficacité énergétique (2).

1) Par la référence aux accords internationaux pertinents

610. La protection juridique de l'investissement énergétique ne peut se faire que par l'adhésion aux règles et principes dégagés par les instruments interrégionaux pertinents relatifs à l'énergie¹³¹⁴. En effet, les ressources énergétiques (objet du cadre juridique communautaire) dont il s'agit ce sont les ressources fossiles qui sont composées du pétrole, du gaz naturelle, du charbon et maintenant et de plus en plus les énergies renouvelables très prisées maintenant dans le cadre du mix énergétique¹³¹⁵ pour atténuer l'effet des changements climatiques.¹³¹⁶ L'Afrique, particulièrement dans sa partie ouest, offre la particularité de

¹³¹³ Voir CEDEAO Quarantième session ordinaire de la conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement Abuja, (Nigéria), 16-17 février 2012) Acte Additionnel A/SA.16/02/12 portant adoption de la politique de développement des ressources minérales de la CEDEAO (PDRMC) article 3

¹³¹⁴ Voir *Traité sur la Charte de l'Energie* signé en décembre 1994 et entré en vigueur avril 1998. Ce texte- dont s'est largement inspiré le *Protocole A/P4/1/03 Octobre 2002 de la CEDEAO sur l'énergie*- représente la base internationale pour la promotion, la coopération, l'intégration et le développement des projets d'investissement et d'échange d'énergie entre nations

¹³¹⁵ Voir CEDEAO : Soixante dixième session ordinaire du conseil des ministres de la CEDEAO « *Directive C/DIR/1/06/13 sur l'Organisation du marché régional de l'électricité* » Abidjan, 20-21 juin 2013

¹³¹⁶ C'est tout l'enjeu de la promotion des énergies durables en conformité avec l'environnement et la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre, de CO2 voir Nations-Unies : Accord de Paris du 12 décembre 2015 sur le Climat

connaître régulièrement un déficit énergétique criard,¹³¹⁷ et de la faiblesse des investissements énergétiques.

611. C'est la raison pour laquelle, l'énergie a toujours été un enjeu majeur pour les Organisations régionales africaines, car conçue comme un facteur de *coopération pour le développement*¹³¹⁸ La protection par référence à d'autres instruments internationaux est consacré¹³¹⁹. La conformité aux principes du droit international (notamment sur le plan commercial OMC) en matière d'investissement énergétique dans une sous région comme l'Afrique de l'Ouest est illustré par la nécessité d'interdire « *l'application des mesures d'investissement liées au commerce qui sont incompatibles avec les dispositions des articles III ou XI du GATT 1994.* »¹³²⁰ Comme les investissements énergétiques nécessitent des transactions importantes marquées par l'importation de produits d'origine nationale et surtout d'origine étrangère dont les investisseurs se livrent pour leurs activités : il s'agit de « toute mesure d'investissement qui est obligatoire ou exécutable en vertu du droit national ou de tout règlement administratif, ou dont le respect est nécessaire pour l'obtention d'un avantage. »¹³²¹

612. De même, ces mesures concernant les investissements liés au commerce peut aussi les restreindre.¹³²² La protection des investissements énergétiques consacre et pose des exceptions circonstanciées par rapport à la liberté des investissements :

« Chaque Partie Contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice des dispositions du chapitre III :

- 1) à toute entité juridique si les citoyens ou les ressortissants d'un État tiers sont propriétaires ou ont le contrôle de cette entité et si celle-ci n'exerce pas d'activités*

¹³¹⁷ Les pays d'Afrique de l'Ouest souffrent d'un déficit criard d'électricité- sous investissement chronique depuis des années, secteur monopolisé par des sociétés publiques chroniquement déficitaires et faiblesse du mix énergétique.

¹³¹⁸ Voir aussi Guy –Fleury Ntwari « les Organisations régionales africaines et l'énergie » pp. 163-176 in « *defis énergétiques et droit international* » Sd de S. Doumbe Bille, Bruxelles éd. Larcier 2011 p.167 ; voir aussi traité révisé de la CEDEAO du 23 juillet 1993 article 28

¹³¹⁹ « *Aucune disposition du présent Protocole ne déroge, dans les relations entre Parties Contractantes qui sont membres de l'OMC, aux dispositions de l'accord de l'OMC telles qu'elles sont appliquées entre ces Parties Contractantes* » Voir CEDEAO : Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie d'octobre 2002 article 4

¹³²⁰ Voir article 5 « *mesures d'investissement liées au commerce* » ibid

¹³²¹ Parmi ces mesures il y a : «

- a) *L'achat ou l'utilisation par une entreprise de produits d'origine nationale ou de toute autre source nationale, que ce soit en termes de produits particuliers, en termes de volume ou de valeur des produits, ou en termes de proportion de volume ou de valeur de sa production locale ; ou*
- b) *Un achat ou une utilisation, par une entreprise, de produits ou services importés qui soient limités à un montant proportionnel au volume ou à la valeur des produits ou services locaux qu'elle exporte, »* voir article 5 ibid

¹³²² Il s'agit : «

- c) *L'importation, par une entreprise, de produits utilisés dans sa production locale, ou en rapport avec elle de façon générale ou à un montant proportionnel au volume ou à la valeur de la production locale qu'elle exporte ;*
- d) *L'importation, par une entreprise, de produits ou services utilisés dans sa production locale ou en rapport avec celle-ci ; l'accès de l'entreprise étant limité au change pour un montant proportionnel à l'afflux de devises étrangères qui est attribuable à celle-ci ; ou*
- e) *L'exportation ou la vente pour exportation de produits par une entreprise, que ce soit en termes de produits particuliers, en termes du volume ou de la valeur de sa production locale »* voir article 5 Ibid

commerciales substantielles dans la zone de la Partie Contractante dans laquelle elle est constituée ; ou

- 2) *à un investissement si la Partie Contractante qui refuse établit qu'il s'agit d'un investissement d'un investisseur d'un État tiers avec lequel ou à l'égard duquel elle :*
- a) n'entretient pas de relations diplomatiques, ou*
 - b) adopte ou maintient des mesures qui :*
- i) interdisent des transactions avec les investisseurs de cet Etat, ou*
- ii) seraient enfreintes ou contournées si les avantages prévus par les dispositions du chapitre III étaient accordés aux investisseurs de cet État ou à leurs investissements. »¹³²³*

La référence aux accords multilatéraux d'énergie est poussée par des considérations sécuritaires au plan juridique. En effet de larges pans de cet accord énergétique communautaire ressemble et fait explicitement ou implicitement à un accord international de référence qu'est la Charte européenne de l'énergie¹³²⁴.

613. De même le cadre juridique communautaire relatif étoffé qu'est celui de l'UE est une source d'inspiration doctrinale. Dans la mesure où l'Union Européenne est un exemple historique¹³²⁵ et actuel d'un modèle de construction d'un espace juridique d'intégration concernant la recherche, le transport, la distribution, le financement et la coopération et le respect des normes environnementales en matière énergétique de façon globale.¹³²⁶ Le facteur énergie est une dimension essentielle de l'intégration dans toute zone communautaire en général et particulièrement en Afrique de l'Ouest où le cadre juridique et institutionnel de l'investissement relatif aux énergies diverses consacre la coopération et la concurrence entre acteurs.

2) Par la recherche de coopération et la concurrence pour l'efficacité énergétique

614. Les pays de la sous région ont plusieurs difficultés relatives aux ressources énergétiques : il s'agit entre autres de l'ineffectivité des cadres juridiques nationaux relatives aux énergies fossiles (pétrole, gaz naturelle), l'absence d'infrastructures de transport (oléoducs et gazoducs), un marché d'énergie domestique fragmentée et inefficace et l'insuffisance manifeste de l'exploitation des immenses possibilités en ressources hydriques. Prenant conscience de l'insuffisance des moyens financiers, humains et surtout

¹³²³ Voir article 17 du Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie de la CEDEAO d'octobre 2002

¹³²⁴ Voir Babadji (R.) « Le traité sur la Charte européenne de l'énergie » 17 décembre 1994, AFDI 1996 pp 872-893

¹³²⁵ Voir traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier –Paris, 18 avril 1951-
http://cvce.eu/obj/traite_instituant_la_communaute_europeenne_du_charbon_et_de_l_acier_paris_18_avril_1951-fr-11a21305-94ie-49d7-ai71-ed5be548cd58.html

¹³²⁶ Voir Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du conseil relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la Directive 2004/35/CE (J.O.L 178, 28 juin 2013) ; 30 mai 1994-Directive 94/22/CE du Parlement européen et du conseil sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospection, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures(J.O.L 164, 30 juin 1994) ; Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal

technologiques toujours pas assez bien orientés, l'Organisme communautaire mis sur pied un environnement juridique énergétique marqué par la une volonté de *coordonner et d'harmoniser leurs politiques et programmes dans les domaines de l'énergie*¹³²⁷ réelle et une concurrence entre acteurs.

615. La coopération et la régulation du secteur de l'énergie sont une donnée essentielle dans la mise en place d'un marché juridique pour de tels investissements sectoriels. Cela est valable pour la CEDEAO¹³²⁸, mais celui de l'UE est beaucoup plus étoffé et organisé parmi les Organisations Communautaires. Selon le Règlement(C.E) n°713/2009 du parlement et du conseil souligne dans son préambule : *«(5) Les États membres devraient coopérer étroitement et supprimer les obstacles aux échanges transfrontaliers d'électricité et de gaz naturel en vue de réaliser les objectifs de la politique énergétiques de la Communauté....Une agence de coopération des régulateurs d'énergie (« l'agence ») devrait être instituée pour combler le vide réglementaire au niveau communautaire et pour contribuer au fonctionnement efficace des marchés intérieurs de l'électricité et du gaz naturel. L'agence devrait également permettre aux autorités de régulations nationales de renforcer leur coopération au niveau communautaire et de participer, sur une base commune, à l'exercice de fonctions de dimension communautaire.»*¹³²⁹ La zone communautaire CEDEAO tente une mise en place d'un environnement juridique pour assurer la protection et la promotion des investissements énergétiques une ressource conçue de façon globale¹³³⁰.

616. Par conséquent, le marché d'investissement communautaire est organisé en vue d'assurer une plus sécurité du commerce énergétique régionale par le biais du libre transit.¹³³¹ Avec pour finalité l'instauration d'un environnement juridique énergétique

¹³²⁷ Article 28 traité révisé de la CEDEAO à Cotonou(Bénin) du 24 juillet 1993 op cit. p.47

¹³²⁸ Voir Soixante dixieme session ordinaire du Conseil des ministres « Reglement C/REG10/06/13 relatif à la mobilisation des ressources pour la mise en œuvre de l'initiative energie durable pour tous dans la sous-région de la CEDEAO » Abidja, 20-21 juin 2013 ; Voir aussi Soixante dixieme session ordinaire du conseil des ministres « Reglement C/REG7/06/13 relatif à l'optimisation du fonctionnement du Gazoduc et l'étude de l'extension et de l'optimisation du gazoduc » Abidjan, 20-21 juin 2013 ; le traité de la CEDEAO parle à propos de (b) de *« mettre en place des mécanismes de coopération appropriées en vue de garantir leur approvisionnement régulier en hydrocarbures ; (e) « concevoir une politique énergétique commune, particulièrement en matière de recherche, d'exploitation, de production et de distribution »* article 28

¹³²⁹ Voir 13 juillet 2009- « Préambule » Règlement (C.E.) n°713/2009 du Parlement européen et du conseil instituant une *Agence de coopération des régulateurs de l'énergie*(J.O. L 211, 14 août 2009) in Code européen Energie- Climat 2014 1^{er} édition à jour au 1^{er} janvier 2014, éd. Bruylant Groupe Larcier S.A. p.172

¹³³⁰ La ressource ne concerne pas seulement « le Pétrole et gaz naturelle» comme on a tendance à se focaliser sur ces sources d'énergies fossiles quant on évoque les questions énergétiques Voir Règlement C/REG9/06/13 relatif au renforcement des capacités dans le secteur de l'énergie » Abidjan, 20-21 juin 2013, Voir Directive C/DIR/1/06/13 sur l'organisation du marché régional de l'électricité », Abidjan, 20-21 juin 2013

¹³³¹ *« 1. Chaque Partie Contractante prend les mesures nécessaires pour faciliter le transit des matières et produits énergétiques en conformité avec le principe de libre transit et sans distinction quant à l'origine, la destination ou la propriété de ces matières et produits énergétiques ni discrimination quant à une formation des prix faite sur la base de telles distinctions, de même que sans imposer de manière non justifiée des retards, des restrictions ou des taxes... « Le Transit » désigne :*

i) *Le transport, à travers la zone d'une Partie Contractante ou à destination ou en provenance des installations portuaires situées dans sa zone à des fins de chargement ou de déchargement, de produits et matières énergétiques originaires de la zone d'un autre État et destinés à la zone d'un troisième Etat, pour autant que l'autre État ou le troisième État soit une Partie Contractante ; ou*

sécurisant et en adéquation avec les hautes pratiques internationales réglementaires en matière de projets d'investissements énergétiques.¹³³² Ainsi pour une plus forte protection et promotion des investissements sur le plan énergétique, la logique communautaire (harmonisation des politiques et programmes) l'emporte sur celle nationale (l'unilatéralité des réglementations) Cela tous les textes communautaires en conviennent et particulièrement le Traité fondateur de la CEDEAO.¹³³³ Dans cette perspective communautariste, l'« efficacité énergétique » notamment l'harmonisation du cadre législatif et réglementaire des États membres est un enjeu essentiel : « *Les Parties contractantes sont guidées par les principes suivants :*

- (a) *Les Parties Contractantes coopèrent et, le cas échéant, s'entraident dans le domaine de l'élaboration et de la mise en œuvre de politiques, de lois et de règlements relatifs à l'efficacité énergétique ;*
- (b) *Les Parties Contractantes établissent des politiques d'efficacité énergétique et des cadres légaux et réglementaires susceptibles de promouvoir, entre autres :*
 - i. *le fonctionnement efficace des mécanismes de marché, y compris une formation des prix orientés vers le marché et une meilleure prise en compte des coûts et avantages environnementaux ;*
 - ii. *l'abaissement des barrières à l'efficacité énergétiques, stimulant ainsi les investissements ;*
 - iii. *les mécanismes relatifs au financement des initiatives en faveur de l'efficacité énergétique ;*

-
- ii) *Le transport, à travers la zone d'une Partie Contractante, de produits et matières énergétiques originaires de la zone d'une autre Partie Contractante et destinés à la zone de cette autre Partie Contractante » Voir article 7 al.1 et al.10 Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie de la CEDEAO Octobre 2002 Abuja(Nigéria).*

¹³³² « 2. Les Parties Contractantes encouragent les instances compétentes à coopérer :

- a) *à la modernisation des équipements de transport d'énergie nécessaires au transit des matières et produits énergétiques ;*
- b) *au développement et au fonctionnement des équipements de transport d'énergie desservant la zone de plus d'une Partie Contractante ;*
- c) *aux mesures visant à compenser les effets des interruptions de l'approvisionnement en matières et produits énergétiques*
- d) *à la facilitation de l'interconnexion des équipements de transport d'énergie... » article 7 Ibid.*

¹³³³ Son siège se trouve à l'article 28 du traité révisé de la CEDEAO Fait à Cotonou(Bénin) le 24 juillet 1993 qui dispose : « 1. Les États Membres conviennent de coordonner et d'harmoniser leurs politiques et programmes dans le domaine de l'énergie.

2. A cet effet, ils s'engagent à :

- (a) *mettre effectivement en valeur les ressources énergétiques de la région ;*
- (b) *mettre en place des mécanismes de coopération appropriées en vue de garantir leur approvisionnement régulier en hydrocarbures ;*
- (c) *promouvoir le développement des énergies nouvelles et renouvelables notamment l'énergie solaire dans le cadre de la politique de diversification des sources d'énergie ;*
- (d) *harmoniser leurs plans nationaux de développement énergétique en recherchant notamment l'interconnexion des réseaux de distribution d'électricité ;*
- (e) *concevoir une politique énergétique commune, particulièrement en matière de recherche, d'exploitation, de production et de distribution ;*
- (f) *créer un mécanisme de concertation et de coordination permettant de résoudre en commun les problèmes que pose le développement énergétique au sein de la Communauté, notamment ceux relatifs au transport de l'énergie, à l'insuffisance de cadres et techniciens qualifiés ainsi qu'à la pénurie de moyens financiers pour la réalisation de leurs projets énergétiques »*

- iv. *l'enseignement et la prise de conscience ;*
- v. *la dissémination et le transfert de technologie ;*
- vi. *la transparence des cadres légaux et réglementaires. »*¹³³⁴

Les investissements énergétiques montrent et illustrent l'importance d'une solution communautaire à même plus apte à surmonter les obstacles juridiques divers. Par conséquent, les investissements étrangers et communautaires mettant l'accent sur l'interconnexion énergétique entre pays doivent être encouragés et privilégiés. Un environnement juridique et judiciaire sécurisant nécessite une protection qui prévienne les risques juridiques envers les investisseurs intra et extra communautaires

3) Par l'atténuation des risques juridiques

Elle se traduit doublement par la nécessité prise en compte de la protection innovante pour tout investissement (a) ; et la reconnaissance des pertes subie par l'investisseur (b).

a- La protection innovante de l'investissement

617. Le régime juridique de protection des investissements s'inscrit résolument en Afrique de l'Ouest dans une démarche libérale, pro business et de plus en plus sécurisant : cela se traduit par le triple renouveau qui caractérise son environnement juridique au plan interne,¹³³⁵ au plan bilatéral et sur le plan communautaire.¹³³⁶ L'irruption de la justice arbitrale- qui a considérablement renforcée les règles et principes fondateurs du droit et des pratiques d'investissements étrangers- a calmer l'élan « réglementariste » des États d'accueil en faveur des cadres juridiques risqués pour la sécurité de l'investissement. Le contexte des pays d'Afrique de l'ouest, illustre des réalités et un fait : en effet, si tous les investissements bénéficient d'un régime juridique favorable de protection, il n'en demeure pas moins que ceux liés au secteur extractif bénéficie d'une attention particulière¹³³⁷. Cela est d'autant plus vrai que- très riche en ressources énergétiques et naturelles- les pays de la sous région ont des politiques et des stratégies de développement fondées sur les sources qu'ils tirent de l'abondance de ces ressources.

¹³³⁴ Voir 43 du Protocole de la CEDEAO *ibid*.

¹³³⁵ Cela se traduit au niveau interne de chaque pays de la CEDEAO de la mise sur pied de lois portant Code des investissements qui traduisent la volonté de ces pays d'avoir un environnement juridique des investissements étrangers ouvert, non discriminatoire et protégeant les investisseurs étrangers.

¹³³⁶ Voir Commission de l'Union africaine Département des Affaires économiques Code panafricain d'investissements, décembre 2016 ; Voir 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 » Fait à Abuja(Nigéria)le 19 décembre 2008 ; Voir aussi CEDEAO : ProtocoleA/P4/1/03 d'Octobre 2002 sur l'énergie ; voir aussi Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des Principes Directeurs et des Politiques dans le secteur minier » Soixante deuxième Session Ordinaire du conseil des Ministres Abuja(Nigéria), 26-27 mai 2009 ; CEDEAO : Acte Additionnel A/SA.16/02/12 portant adoption de la politique de développement des ressources minérales de la CEDEAO » Quarantieme session ordinaire de la conférence des chefs d'Etat et de gouvrenement Abuja, 16-17 février 2012

¹³³⁷ Ils font l'objet d'une réglementation particulière selon l'article 4 qui dispose : « *Les activités éligibles au Code minier et au Code pétrolier sont également exclues du champ d'application du présent Code* » de la Loi L/2015/N° 008/AN du 25 mai 2015 portant Code des investissements de la République de Guinée

618. Raison pour laquelle, l'écrasante majorité des investissements reçus concerne ce secteur, d'où l'importance d'avoir un cadre législatif et réglementaire qui sauvegarde les intérêts des États et protège ceux de l'investisseur en même temps.¹³³⁸ Une meilleure protection en conformité avec les hautes pratiques du droit international est consacrée par le texte communautaire à travers le traitement principal : « *Chaque Partie Contractante accorde aux investissements réalisés dans sa zone par des investisseurs, ainsi qu'à leurs activités connexes, y compris leur gestion, entretien, utilisation, jouissance ou disposition, un traitement aussi favorable que celui qu'il accorde aux investissements de ses propres investisseurs ou des investisseurs de toute autre Partie Contractante ou de tout État tiers, ainsi qu'à leur gestion, entretien, utilisation, jouissance ou disposition, le traitement à retenir étant celui qui est le plus favorable.* »¹³³⁹ La protection des investissements énergétique dans le contexte des pays d'Afrique de l'Ouest suggère aux États d'avoir un droit interne offrant des prérogatives aux investisseurs.¹³⁴⁰ Les investissements énergétiques exigent souvent le déplacement d'un important de main d'œuvre, par conséquent, un environnement juridique qui se veut équitable en traitement pour tout investisseur étranger ou communautaire, doit prévoir la protection du personnel de travail « sous réserve de ses lois et règlement concernant l'entrée, le séjour et les travail des personnes physiques. »¹³⁴¹

619. La protection des investissements énergétiques a connu et connaît en Afrique une dimension toute nouvelle par rapport au respect absolu des règles et normes fondamentales sur le plan environnemental¹³⁴², la nécessité d'équilibrer les rapports et les prestations contractuelles¹³⁴³ et surtout « *promouvoir au sein de la communauté toute mesure visant à*

¹³³⁸ Selon l'article 10 « promotion, protection et traitement des investissements » : « *1. Chaque Partie Contractante encourage et crée, conformément aux dispositions du présent Protocole, des conditions stables, équitables, favorables et transparentes pour la réalisation d'investissements dans sa zone par les investisseurs. Ces conditions comprennent l'engagement d'accorder, à tout instant, un traitement loyal et équitable aux investissements des investisseurs des autres Parties Contractantes. Ces investissements bénéficient également d'une protection et d'une sécurité les plus constantes possible, et aucune Partie Contractante n'entrave, en aucune manière, par des mesures non justifiées ou discriminatoires, leur gestion, maintien, utilisation, jouissance ou disposition. En aucun cas, ces investissements ne peuvent être traités d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international, y compris les obligations conventionnelles. Chaque Partie Contractante respecte les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements d'un investisseur d'une autre Partie Contractante.* » du Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie d'octobre 2002 de la CEDEAO

¹³³⁹ Voir article 10 ibid

¹³⁴⁰ L'al.11 en dispose ainsi : « *Chaque Partie Contractante veille à ce que son droit interne offre des moyens efficaces pour introduire des revendications et faire valoir des droits en ce qui concerne les investissements, les accords d'investissement et les autorisations d'investissement* » du Protocole de la CEDEAO op cit.

¹³⁴¹ Voir article 11 du Protocole Cette disposition s'empresse aussi de préciser – de minimiser la contrainte dans les pays en développement qui veut toujours que les nationaux soient privilégier concernant les embauches et les emplois à créer- « *Toute Partie Contractante permet aux investisseurs qui ont des investissements dans sa zone, ainsi qu'aux investissements de ces investisseurs, d'employer du personnel de base choisi par ces investisseurs sans considération de nationalité ou de citoyenneté pour autant que ce personnel de base ait été autorisé à entrer, à séjourner et à travailler dans sa zone et que le recrutement en question soit conforme aux conditions, modalités et aux limites de durée de l'autorisation accordée à ce personnel de base.* »

¹³⁴² Voir article 19 du Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie au sein de la CEDEAO d'octobre 2002

fournir de l'énergie à un prix abordable à leur population. »¹³⁴⁴ Juridiquement, le texte régional octroie un régime de protection et de traitement les plus favorables, dans toute la procédure, aux investisseurs énergétiques. La particularité du domaine au niveau international et les spécificités des pays de la sous-région et de leurs attentes au niveau de l'énergie, font que la protection accordée aux contractants des administrations publiques nationales soit les meilleures. La sécurité juridique globale de tout investissement énergétique nécessite l'existence d'un mécanisme prévu par les textes pertinents pour indemniser les investisseurs des pertes encourues.

b- La reconnaissance de la compensation pour perte envers l'investisseur

620. Malgré l'immensité du potentiel énergétique sur le plan communautaire, l'investissement sur ses ressources a toujours été strictement encadré. Cela est dû à plusieurs facteurs juridiques et extra-juridiques. Pour parler des facteurs juridiques distinguons entre les risques classiques et ceux qui ne le sont pas. En effet, pour les risques politiques classiques couverts juridiquement par les Agences extérieures nationales¹³⁴⁵ et internationales¹³⁴⁶ il y a les pratiques de nationalisation, les conflits armés, les émeutes et les instabilités contractuelles. Alors que pour les risques nouveaux, il y a les pratiques implicites conduisant à l'impossibilité pour l'investisseur extractif d'être en possession de son investissement initial ou de jouir des dividendes ou bénéfices de sa mise de départ : il y a les pratiques administratives discriminatoires en matière de fiscalité (augmentant considérablement le taux et le redressement fiscal réel ou de la fiscalité confiscatoire), durcissement considérable du cadre juridique environnemental et des amendes records à la suite d'action ou d'omission de la part d'investisseurs aboutissant à une nationalisation implicite d'investissements « effets équivalents »¹³⁴⁷

621. Le texte communautaire a essayé d'intégrer la double dimension souverainiste pour les États et sécuriser juridiquement les porteurs de projet d'investissement. C'est ce qui

¹³⁴⁴ Voir Guy-F Ntwari « Les Organisations régionales africaines et l'énergie » pp.163-176 in « *défis énergétiques et droit international* » Sd de Stéphane D. Billé éd. Larcier Groupe de Boeck S.A 2011 p.169

¹³⁴⁵ Ces Agences de couverture des risques non commerciaux n'existent que dans les pays avancés et émetteurs d'investissements dans les pays en développement. En France, la Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE), Voir rapport Coface « *Document de référence incluant le rapport financier annuel 2016* », 303 p. à l'adresse suivante <http://www.coface.com/fr/investisseurs/Notations>

¹³⁴⁶ Voir article 11 « *risques assurés* » de la Convention portant Création de l'Agence Multilatérale de Garantie des investissements Conclue à Séoul (Corée du Sud) le 11 octobre 1985 entrée en vigueur en 1988

¹³⁴⁷ L'expression démontre que la nationalisation d'investissements étrangers n'est pas seulement explicite, mais elle peut revêtir de différentes formes et caractères qui aboutissent à une déposssession de fait de l'investisseur d'une partie ou tout son actif. Cette expropriation indirecte, de fait- très courante dans la pratique contemporaine d'investissements- vise les réglementations surprises particulièrement dures sur différents aspects de l'investissement : fiscalité (fiscalité confiscatoire), répartition unilatérale du capital de départ au point de déposséder de l'investisseur etc Le TBI Canada-Nigéria en a fait cas : « *Aucune Partie ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé, directement ou indirectement au moyen de mesures ayant un effet équivalent à celui d'une nationalisation* » Voir article 10 du TBI Gouvernement du Canada-Gouvernement du Nigéria signé le 5 mai, 2014, à Abuja au Nigéria

justifie toujours l'idée d'expropriation¹³⁴⁸ Même s'il est consacré textuellement, la nationalisation avec transfert réel de souveraineté au plan énergétique (Gaz et pétrole) n'ont pas eu lieu en Afrique de l'Ouest¹³⁴⁹, contrairement dans une zone riche en ressources hydrocarbures comme le monde arabe¹³⁵⁰. Même s'il n'existe pas d'Agence Communautaire contre les risques¹³⁵¹, la volonté de compensation pour perte est consacrée en cas de survenance de risque : « *1...Un investisseur qui subit des pertes concernant un investissement réalisé dans la zone d'une Partie Contractante, en raison d'une guerre ou de tout autre conflit armé, d'un État d'urgence national, de troubles civils ou d'autres événements survenant dans cette zone, bénéficie de la part de cette Partie Contractante, en ce qui concerne toute restitution, indemnisation ou compensation ou tout autre règlement, du traitement le plus favorable que cette Partie Contractante accorde aux autres investisseurs, qu'il s'agisse de ses propres investisseurs, des investisseurs d'une autre Partie Contractante ou d'un État tiers.* »¹³⁵²

622. Tout contractant ou porteur de projet énergétique qui subit des dommages résultant des actions ou omissions de la part de pays membre d'accueil a droit à une « restitution. »¹³⁵³ La

¹³⁴⁸ Ici on trouve les fondements juridiques des justificatifs de l'expropriation consacrés par tous les textes à différents niveaux : national, international (bi et Multilatéral) et Communautaire. Le Protocole Communautaire par le biais de l'article 13 souligne : « *1. Les investissements d'un investisseur réalisés dans la zone des Parties Contractantes ne doivent être nationalisés, expropriés ou soumis à une ou plusieurs mesures ayant des effets équivalents à une nationalisation ou à une expropriation, dénommées ci-après « expropriation », sauf lorsque cette expropriation :*

- a) *est effectuée pour des motifs d'intérêt public ;*
- b) *n'est pas discriminatoire ;*
- c) *est effectuée avec les garanties prévues par la loi ; et*
- d) *est accompagnée du prompt versement d'une compensation adéquate et effective. Cette*

compensation équivaut à la valeur marchande équitable de l'investissement exproprié au moment qui procède immédiatement celui où l'expropriation ou l'annonce de l'expropriation a été officiellement connue et a affecté la valeur de l'investissement, ci-après dénommé « date d'estimation ». Cette valeur marchande équitable est exprimée, selon le choix de l'investisseur, dans une devise librement convertible, sur la base du taux de change prévalant sur le marché pour cette devise à la date d'estimation. La compensation inclut également un intérêt à un taux commercial établi sur la base du marché à partir de la date d'expropriation jusqu'à la date de paiement » du Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie de la CEDEAO d'octobre 2002

¹³⁴⁹ L'Afrique de l'ouest-hormis l'exception qui confirme la règle qu'est le Nigéria premier producteur africain d'hydrocarbures- n'est pas richement dotée en matière de ressources énergétiques. Néanmoins, la donne est entrain de changer avec le potentiel que recèle le Golf de Guinée. Des pays comme la Cote d'Ivoire, le Ghana et le Sénégal ont vu de récentes découvertes d'hydrocarbures. Sur le plan énergétique, les pratiques d'expropriation d'hydrocarbure sont suffisamment rares pour ne pas dire inexistantes

¹³⁵⁰ Les pays d'Arabe riches en ressources d'hydrocarbures ont procédé à des nationalisations massives du pétrole jusqu'ici exploités par les majors des pays avancés. Cela a donné naissance à une importante jurisprudence des tribunaux arbitraux : Voir la suite des nationalisations iraniennes « *Anglo-Iranian Oil Company (Royaume –Uni c. Iran, CIJ, mesures conservatoires, 5 juillet 1951 et arrêt exception préliminaire, 22 juillet 1952 ; en Arabie Saoudite « Aramco c. Arabie Saoudite, sentence arbitrale, 23 août 1958, ILR, vol.27 ; en Lybie Lianco c. Libye sentence arbitrale, 24 mars 1982, 12 avril 1977, rev. De l'Arb, 1980, p.134 ; Au Koweït « Aminoil c. Koweït sentence arbitrale, 24 mars 1982, JDI 1982 p.869 Voir Memento de la jurisprudence Droit international public Tchikaya (B.) 6^e édition Paris, éd.*

¹³⁵¹ Au sein de la Zone communautaire, pour le moment, il n'y a pas une telle structure.

¹³⁵² Voir Protocole A/P4/1/03 de la CEDEAO sur l'énergie d'octobre 2002 article 12

¹³⁵³ L'al. 2 de l'article 12 parle d' : « *un investisseur qui...subit des pertes dans la zone d'une des Parties Contractantes qui résulte :*

- a) *de la réquisition de ses investissements ou d'une partie de ceux-ci par les forces ou les autorités de cette dernière ; ou*

protection et la promotion des investissements dans le secteur énergétique obéissent à la même logique que les autres investissements. Dans le cadre communautaire, l'accès non discriminatoire, l'instauration de règles communes pour la recherche, l'autorisation, l'extraction des hydrocarbures se font dans un cadre non discriminatoire, ce qui traduit la sécurité juridique des actifs financiers investis pour leur transfert. La sécurité juridique de l'investissement dans les pays de la zone se traduit par une garantie donnée à tout investisseur intra et extra communautaire de procéder à un transfert en bonne et due forme de tout le produit et les dividendes de son investissement. La sécurité des entrées et des sorties régulières de capitaux accompagnant tout le processus d'investissement est une dimension de protection essentielle : « 1. Chaque Partie Contractante garantit, en ce qui concerne les investissements effectués dans sa zone par des investisseurs, la liberté des transferts dans sa zone et hors de celle-ci, y compris le transfert :

- a) du capital initial plus tout capital additionnel nécessaire au maintien et au développement ;
- b) des rendements ;
- c) des paiements effectués au titre d'un contrat, et notamment de l'amortissement du principal et des paiements d'intérêts dus au titre d'un accord d'emprunt ;
- d) des recettes non dépensées et des autres rémunérations de personnel engagé à l'étranger en rapport avec cet investissement ;
- e) du produit de la vente ou de la liquidation de tout ou partie d'un investissement ;
- f) des paiements résultant du règlement d'un différend ;
- g) des paiements de compensations en application 12 et 13. »¹³⁵⁴

623. De même l'autre risque qui constitue un obstacle juridico-financier majeur pour la sécurité juridique des investissements, est le risque de change. Ainsi, pour éviter les variations monétaires dans le contexte d'Afrique de l'ouest où l'infrastructure financière (institutions bancaires, assurances et bourses etc.) est faible.¹³⁵⁵ Le texte qui constitue une innovation sur le plan de la sécurité des investissements énergétiques présente aussi pas mal de dispositions pertinentes pour une protection globale et partagée de l'investissement.

B : Les autres dispositions pertinentes du texte

Le cadre juridique communautaire présente une certaine originalité par rapport à la reconnaissance accordée à la souveraineté sur les ressources énergétiques (1), le transfert de technologie nécessaire (2) et la dernière innovation est l'accès aux capitaux (3).

b) de la destruction de ses investissements ou d'une partie de ceux-ci par les forces ou les autorités de cette dernière, qui n'était pas requise par les nécessités de la situation, se voit accorder une restitution ou une compensation qui, dans les deux cas, doit être prompte, adéquate et effective » Ibid.

¹³⁵⁴ Voir article 14 « transfert des paiements afférents aux investissements » du Protocole CEDEAO sur l'énergie précité

¹³⁵⁵ L'al.3 de l'article 14 du Protocole souligne : « Les transferts sont effectués au taux de change prévalant sur le marché à la date du transfert en ce qui concerne les transactions au comptant effectuées dans la devise à transférer. En l'absence de marché des échanges, le taux à utiliser est le taux le plus récent appliqué aux investissements nationaux ou le taux de change le plus récent pour la conversion de devises en droits de tirage spéciaux, le taux à retenir étant celui qui est le plus favorable pour l'investisseur. »

1) La reconnaissance d'une souveraineté sur les ressources énergétiques

624. L'investissement international- particulièrement son cadre juridique national, international et récemment communautaire- est marqué par un changement radical de paradigme¹³⁵⁶. En effet, son évolution est marquée par des revendications récurrentes des pays en développement concernant la reconnaissance d'un pouvoir de réglementation et la souveraineté sur leurs ressources naturelles conçue comme un moyen de parachever l'indépendance économique.¹³⁵⁷ Dans le contexte de la mondialisation libérale (marqué par la politique de la porte ouverte en matière de traitement des investissements, la privatisation des entreprises et de l'économie et surtout la libre circulation des capitaux), la souveraineté des États d'accueil sur le plan des investissements est fortement atténuée et s'exerce dans le respect des règles et principes du droit international.¹³⁵⁸

625. La notion de Souveraineté économique, pierre angulaire du droit international, a connu son heure de gloire comme fondement des revendications tiers-mondiste en vue d'un ordre juste et équilibré en matière de commerce et d'investissement.¹³⁵⁹ C'est au nom de cette logique que les pays du Sud ont procédé à des nationalisations des ressources pétrolières exploitées en partenariat avec des firmes énergétiques occidentales et qui ont fait l'objet d'importants contentieux.¹³⁶⁰ Dans un contexte juridique tout à fait nouveau, le concept reçoit une tout autre signification du point de sa pratique par les États : elle est devenue d'une application moins rigide au plan idéologique. Concrètement, son exercice obéit à l'interdiction de la discrimination entre acteurs concernant toute autorisation d'extraction d'hydrocarbures.

626. Toutefois, les États pourront- pour des raisons évidentes de sécurité- restreindre les activités de prospection et d'extraction d'hydrocarbures. Sur ce point, un espace Communautaire comme l'Union Européenne par le biais de la Directive 94/22/CE sur les hydrocarbures souligne : « 1. Les États membres conservent le droit de désigner les aires de leur territoire où pourront être exercées les activités de prospection, d'exploration et d'exploitation des hydrocarbures. 2. Chaque fois qu'une aire est ouverte à l'exercice des

¹³⁵⁶ Ferhat Horchani « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation » J.D.I. 2 ,2004

¹³⁵⁷ Reconnaissance légitime octroyée par les Résolutions progressistes adoptées par les Nations-Unies dans les décennies 60-70 : N-U Résolution 1803(XVIII) *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles* Adoptée le 14 décembre 1962 ; N-U Résolution 3201(S.VI.), « *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international* » Adoptée le 1^{er} mai 1974

¹³⁵⁸ Baba H. Dème « Le droit international des investissements et le contrôle étatique sur les ressources énergétiques » pp.83-98 in « *Défis énergétiques et droit international* » Sd de Stéphane D. Billé éd. Larcier Groupe de Boeck S.A., 2011 p. 89

¹³⁵⁹ Voir Nations-Unies : Résolution 3201(S.VI), « *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international* » Adoptée le 1^{er} mai 1974. Malgré ses innnovation dans sa volonté d'une plus grande justice économique qui doit se traduire par l'insertion dynamique des pays du Sud et en développement dans le commerce international, ce texte et les différents instruments adoptés à l'ONU n'ont jamais été opérationnels dans la pratique.

¹³⁶⁰ Blaise Tchilkaya « *Mémento de la jurisprudence Droit international public* » 6^e édition, éd. Hachette livre, 2015 voir aussi Boulanger (Ph.) « *Les contrats entre États et entreprises étrangères* » Préface de B. Goldman Paris, éd. Economica, 1985 ; Voir El Kocheri, « Les nationalisations dans les pays du Tiers Monde devant le juge occidental », Revue critique 1967

activités visées au paragraphe 1, l'Etat membre veille à ce qu'aucune discrimination ne soit pratiquée entre les entités quant à l'accès à ces activités et leur exercice. Toutefois, les États membres peuvent refuser, pour des raisons de sécurité nationale, l'accès à ces activités et leur exercice à une entité qui est effectivement contrôlée par des pays tiers ou des ressortissants de pays tiers. »¹³⁶¹ En matière d'investissement international particulièrement dans le domaine des ressources énergétiques, la souveraineté (malgré s'il est reconnue et prévue explicitement par les textes pertinents à différents niveaux) est de faite d'application relative. En effet, son application rigoureuse pleine et entière risque de faire fuir les investisseurs éventuels et faire naître des contentieux entre l'Etat d'accueil et les investisseurs sur place.¹³⁶²

627. Le principe de *Souveraineté sur les ressources énergétiques* est conçu dans le contexte de la CEDEAO -des pays essentiellement importateurs de capitaux et ayant un besoin d'investissements étrangers pour compenser les insuffisances économiques locales- comme un instrument de conformité au droit international et qui ne doit en aucune manière entravée le régime juridique des investissements et de propriété des ressources : « 1. Les Parties Contractantes reconnaissent la souveraineté nationale et les droits souverains sur les ressources énergétiques. Elles réaffirment qu'ils doivent être exercés en conformité et sous réserve des règles du droit international. 2. Sans affecter les objectifs de promotion de l'accès aux ressources énergétiques ainsi que de leur exploration et de leur exploitation sur une base commerciale, le présent Protocole ne porte en rien préjudice aux règles des Parties Contractantes qui régissent le régime de propriété des ressources énergétiques. »¹³⁶³ L'énergie constitue un domaine par excellence où le recours aux partenariats avec l'étranger se justifie amplement. La souveraineté tant clamée a besoin sur le plan pratique du transfert de technologie.

2) Sur le plan du transfert de savoir faire

Le transfert de technologie sur le plan des investissements énergétiques obéit à des modalités pratiques (a), toutefois, il y a des difficultés pratiques pour son effectivité (b).

a- Les modalités pratiques

¹³⁶¹ Voir article 2 de la Directive 94/22/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 Mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures (J. O. L 164, 30 juin 1994) in Cédric Chênevière & Cécile Musialski « Code européen énergie-climat » Bruxelles éd. Goupe Larcier S.A. Bruylant 2014 p.81

¹³⁶² Voir les nombreux contentieux post nationalisations d'hydrocarbures entre les pays Arabes et les Compagnies pétrolières occidentales. Voir Tchikaya (B.) « Mémento de la jurisprudence Droit international public » 6^e édition éd. Hachette livre, 2015 p.68 ; p.75 ; p.102 p.109 Cet environnement juridique dégradé aboutit souvent pour régler les nombreux contentieux éventuels à « l'utilité de l'arbitrage de l'arbitrage international pour les entreprises lésés par des gouvernements instables, des bureaucraties corrompues et une opinion publique parfois xénophobes » Voir Walde (Th.) « Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation économique », Paris, éd. A. Pedone 2004 p.60

¹³⁶³ Voir article 18 du Protocole A/P4/1/03 de la CEDEAO sur l'énergie d'octobre 2002

628. Le transfert de technologie est une dimension essentielle de protection et de promotion des investissements. C'est une revendication juridique des pays d'accueil de l'investissement. Ces derniers n'ont pas le savoir faire, la propriété intellectuelle et la technologie énergétiques. L'investissement étranger énergétique ne peut être bénéfique qu'au pays d'accueil qu'à certaines conditions : la création d'emploi, rentrées fiscales pour le trésor public, respect des normes environnementales et surtout la formation et le transfert des compétences aux personnels employés et de la main d'œuvre. Le transfert obéit à des conditions doubles : *« l'exploitant qui transmet ce savoir doit posséder un support matériel et technologique idoine, quant à la personne recevant ce savoir, elle doit être en mesure de le recevoir. »*¹³⁶⁴. La formation initiale et régulière est une dimension essentielle de ses modalités pratiques. En effet, celle-ci se traduit par : la mise en place- par tout investisseur- de structures de formation du personnel local (cadres et main d'œuvre compris), pour la compréhension du processus d'extraction et de raffinage de produits énergétiques, mais aussi d'utilisation d'installation énergétiques sur terre et en haute mer. Il y a aussi la formation régulière aux managements de techniques nouvelles d'exploration énergétiques et l'octroi de bourses à certaines personnes en vue de leur perfectionnement dans les métiers d'énergie. Enfin, il y a exigence de partenariat à l'échelle nationale entre un État d'accueil et une grande firme énergétique en vue d'un partenariat étroit pour la Co-exploitation pétrolière et gazière avec des firmes locales créées pour la circonstance¹³⁶⁵. Cela peut se traduire à exiger à long terme, la fabrication de matériel lourd ou une partie du matériel au niveau local.

629. Par le biais des appels d'offres pour l'exploitation d'hydrocarbures (pétrole et gaz naturelle) et la construction de centrale électrique, les gouvernements peuvent spécifier dans les cahiers de charge une clause de transfert progressif de technologie comme condition décisif d'attribution du marché à l'entreprise énergétique qui s'en consente. Son accès est exigé dans les textes pertinents. Mais comme c'est un domaine assez sensible, les investisseurs sont très réticents à l'idée de brader leur savoir faire et leur propriété intellectuelle. C'est pourquoi, le texte de la CEDEAO y invite les États à faire sa promotion, mais avec la conditionnalité de la préservation de la propriété intellectuelle des entreprises énergétiques étrangères : *« 1. Les parties Contractantes conviennent de promouvoir l'accès à la technologie de l'énergie et les transferts de celle-ci sur une base commerciale et non discriminatoire afin de favoriser des échanges efficaces des matières et des produits énergétiques et des investissements et de mettre en œuvre les objectifs de ce Protocole, sous réserve de leurs lois et règlements et de la protection des droits de propriété intellectuelle. »*¹³⁶⁶

¹³⁶⁴ Voir Th. Lauriol & Em. Raynaud « *Le droit pétrolier et minier en Afrique* », éd. LGDJ éditions, 2016 p. 439

¹³⁶⁵ C'est la nouvelle tendance dans l'industrie pétrolière internationale dans les pays en développement, ces derniers revendiquent de plus en plus part locale significative afin de tirer le maximum de bénéfices et d'effet d'entraînement de la production d'hydrocarbures : *« Le développement local devient une exigence croissante de la part des gouvernements. Le Nigéria a adopté en octobre 2009 une « local content bill », après plusieurs années d'étude, qui vise à développer les industries locales. »* Voir Rouzaut-Bret (N.) Favennec (J. -P) « *Recherche et production du pétrole et du gaz Réserves, cout, contrats* » 2^e édition Paris, éd. Technip 2011 p. 197

¹³⁶⁶ Voir article 8 CEDEAO Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie d'octobre 2002

630. De la même manière, les nécessités de la recherche d'un transfert ou d'acquisition de la technologie peut conduire un gouvernement à conditionner l'entrée d'un nombre restreint de main d'œuvre étrangère en vue de le compenser par un personnel local à former ou disposant de formation équivalente au personnel étranger. Sur ce point, le texte communautaire laisse la latitude aux États membres qui en toute discrétion(en fonction de leurs législations) peuvent décider qui sera autorisé ou non à entrer et à séjourner sur leur territoire en vue d'une exploitation énergétique : *« Sous réserve de ses lois et règlements concernant l'entrée, le séjour et le travail des personnes physiques, chaque Partie Contractante examine de bonne foi les demandes formulées par les investisseurs et par le personnel qui est employé par ces investisseurs ou dans le cadre des investissements de ces investisseurs pour être autorisés à entrer et à séjourner temporairement dans sa zone en vue de s'engager dans des activités liées à la réalisation ou au développement, à la gestion, au maintien, à l'utilisation, à la jouissance ou à la disposition des investissements en question, y compris la fourniture de conseils ou de services de base. »*¹³⁶⁷ Aussi cruciale soit elle pour un réel partenariat profitable aux pays d'accueil, l'assimilation de la technologie étrangère aux conditions locales n'a jamais pris forme. Le transfert de technologie énergétique se heurte à un ensemble d'obstacles pratiques pour son effectivité.

b- Les difficultés pratiques pour l'effectivité

631. Le secteur de la technologie des hydrocarbures est un secteur à forte intensité technologique. Autrement, le domaine relatif à la recherche, l'exploration, l'exploitation et le raffinage demande et exige un savoir faire éprouvé, réel, continue et sans cesse renouveler. Ce dont ne peut se permettre les pays d'Afrique de l'ouest, certes riches en ressources d'hydrocarbures, de potentialités d'énergie hydraulique et solaire, mais l'infrastructure technologique -structure existante dédiée, formation et savoir faire- est faible et insignifiante pour ne pas dire inexistante. L'accumulation et l'assimilation technologiques sont un processus lent et continue qui nécessite la mise en place de capacités institutionnelles avec une réelle volonté politique à travers une politique scientifique résolue¹³⁶⁸. Il s'y ajoute que l'orientation du système d'enseignement (secondaire et universitaire) ne valorise pas (dans certains pays en tout cas) la science et la technologie comme condition sine qua non pour un développement réel.

632. De même, que l'environnement juridique des entreprises n'est pas aussi étoffé en matière d'offres de partenariat. En effet, le tissu industriel faible n'a pas permis la création de plusieurs entreprises sectorielles particulièrement sur le plan énergétique. La conséquence, c'est l'incapacité à nouer des Joint-ventures avec un transfert réel immédiat ou progressif de

¹³⁶⁷ Voir article 11 Ibid

¹³⁶⁸ L'exemple d'un pays africain la Tanzanie *« où les obligations contractuelles en matière de part locale peuvent être de rédaction plus précise et plus sophistiquées. S'agissant du contrat de partage de production, la sous-traitance, des règles complexes sont prévues, revenant à privilégier les entreprises locales en cas d'appel d'offres organisé par la compagnie pétrolière pour le recrutement de ses sous-contractants. Une préférence doit être conférée aux entreprises locales. L'apport à l'économie locale est expressément prévue »* Voir Audit (M.) *« Les obligations relatives à la « part locale » dans les contrats d'état »* pp. 197-207 in SFDI Colloque de Lyon *« Droit international et développement »* Paris, éd. A. Pedone 2015 p. 200 et s.

technologie et de savoir faire.¹³⁶⁹ Aussi le concept est vaguement évoqué dans les textes nationaux¹³⁷⁰ et communautaires¹³⁷¹ de façon plate, vague et sans procédure ni processus. En effet, il n'y pas spécification sectorielle où le transfert va s'opérer selon quelle modalités et procédure, la volonté de suivi des instruments prônant une telle pratique en matière d'investissement est faible et enfin l'inscription de la formation à la technologie dans les instruments juridiques énergétiques pertinents n'est qu'une obligation de moyen et non de résultats.

633. Les limites pratiques sont aussi dues à une absence de recherches scientifiques communes et suivis sur le plan énergétique. Comme le soulignent les auteurs Thierry Lauriol et Émilie Raynaud- dans leur manuel consacré au droit pétrolier et minier en Afrique- par ce constat : « *En général, les exploitants-ou les parties dans le cas d'un contrat de coopération- doivent dans une première étape mettre en commun leurs connaissances respectives. Si cela s'avère être nécessaire, ils procèdent à un rééquilibrage par des transferts de technologie et de savoir faire. Par la suite, des réunions périodiques sur des sujets d'intérêt commun sont généralement organisées afin de présenter l'évolution des connaissances technologiques mutuelles. Ces mises au point se complètent par des échanges de personnel spécialisé en vue de sa formation, mais également en vue d'un enrichissement mutuel par comparaison des savoir-faire réciproques.* »¹³⁷² Toutefois, les obstacles à la mise en œuvre à l'implémentation de la technique étrangère aux entreprises d'exploration locale au plan énergétique ne sont pas insurmontables.

634. Des pays riches en ressources d'hydrocarbures et traditionnellement importateurs de technologie notamment (en partenariat avec les grandes firmes d'exploration d'hydrocarbures occidentales) effectuent de plus en plus des opérations pétrolières à l'international¹³⁷³. En

¹³⁶⁹ Voir Souaré O. Diallo D. Soumah M. A. « *Les ressources minières et énergétiques et leur incidence sur l'industrialisation de la Guinée* » 134-161 in *Industrialisation, ressources minières et énergie en Afrique* » SD de Smail Khennas Dakar, éd. CODESRIA, 1993 p.147

¹³⁷⁰ A l'instar du Code des investissements de la Guinée qui se contente uniquement de souligner que l'objet du texte, c'est entre autre (h): « *Le transfert des technologies adaptées au besoin de développement du pays* » L'esprit Joint venture qui est devenu l'instrument pratique des investissements dans beaucoup de pays en développement, le Code de la Guinée n'autorise pas les entreprises étrangères à « *détenir directement ou à travers des sociétés de droit guinéen, plus de 40% des titres sociaux d'entreprises engagées en Guinée dans les activités suivantes : -la publication de quotidiens ou périodiques d'information générale ou politique ; - la diffusion de programmes télévisés ou radiophoniques* » Ainsi sous réserve de ce secteur des Communications, les modalités pratiques d'implantation de sociétés étrangères en Guinée ne prévoient nullement l'obligation de Joint-ventures « *Les investisseurs privés étrangers peuvent librement détenir jusqu'à 100% des parts sociales ou actions de l'entreprise qu'ils envisagent de créer en Guinée.* » Voir article 8 de la Loi L/2015/N° 008/AN portant Code des investissements de la République de Guinée du 25 mai 2015

¹³⁷¹ Le protocole de la CEDEAO sur l'énergie dispose modestement à propos du transfert de technologie et de savoir faire que « *Les Parties Contractantes conviennent de promouvoir l'accès à la technologie de l'énergie et les transferts de celle-ci sur une base commerciale et non discriminatoire afin de favoriser des échanges efficaces des matières et des produits énergétiques et des investissements et de mettre en œuvre les objectifs de ce Protocole, sous réserve de leurs lois et règlements et de protection des droits de propriété intellectuelle.* » Voir article 8 du Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie de la CEDEAO d'octobre 2002

¹³⁷² Voir (Th.) Lauriol & (E.) Raynaud p.456 op cit p. 49

¹³⁷³ A l'image de l'Algérie -qui a la plus grande société d'hydrocarbures africaine la SONATRACH- a acquis des permis de recherche et d'exploration au Mali et au Niger : « *Le 28 avril 2018 SONATRACH, opérateur sur le bloc KAFRA au Niger...annonce la première découverte d'hydrocarbures suite au forage du premier puit d'exploration KAFRA-1(KFR-1) démarré le 28 décembre 2017. La SONATRACH, par le biais de sa filiale*

Afrique de l'Ouest, un pays particulièrement riche en ressources d'hydrocarbures, le Nigéria tente une implication des locaux(personnes physiques et morales) aux activités de prospection, de production, de transport et de commercialisation des hydrocarbures en leur attribuant des blocs seuls ou en partenariat avec des firmes étrangères.¹³⁷⁴ Les investissements énergétiques – outre les défis technologiques - posent une autre problématique aussi ardue qu'est l'accès aux capitaux pour le financement des projets énergétiques

3) L'accès aux capitaux : une innovation de la protection

635. Disposant de potentialités réelles et de quantités assez importantes en ressources énergétiques, l'Afrique particulièrement sa partie ouest est source d'un déficit criard de financement. Cela est symbolisé par : la non maîtrise des fluctuations liées au prix et au cours des hydrocarbures monopole des marchés financiers internationaux,¹³⁷⁵ par l'absence d'infrastructures financières digne de ce nom -bourse des matières premières, banques et instituts d'assurance contre les risques spécialisés etc.- et surtout que les pays de la sous région sont toujours considérés dans la matricité des risques comme des zones où règne l'incertitude par rapport aux capacités d'endettement et de remboursement. L'accès aux capitaux et le paiement juste et équilibré des matières premières ont été des vieilles revendications des pays du Sud¹³⁷⁶. Sur ce point, seul l'exemple de l'OPEP aura été une réussite. Vu les enjeux liés au financement des investissements et particulièrement dans le secteur énergétique, vu les immenses potentialités que recèlent ce secteur, vu aussi les enjeux

internationale SIPEX a signé avec la République du Niger en 2005 un contrat de prospection et de recherche sur le périmètre KAFRA pour une période de 12 ans, étalée sur 03 périodes de 04 années chacune. » Voir SONATRACH/ Direction Communication & relations publiques Alger, le 25 avril 2018 au : https://www.sonatrach.com/images/pdfs/Communique_presse_Premiere-decouverte_dhydrocarbures.pdf consulté le 25 avril 2018

¹³⁷⁵ Les cours du brut du baril de pétrole « Brent » sont fixés à la *London Stock Exchange* la Bourse de Londres, notamment « le prix du pétrole de la Mer du Nord(Brent coté à Londres), ainsi que les prix de produits raffinés : le prix du fioul lourd coté à Rotterdam, le cours du supercarburtant provenant du département de l'énergie américain(DOE) et celui du gazole négocié à l'intercontinental exchange(ICE) de New York » voir INSEE France : https://www.insee.fr/fr/statistiques/documentation/petrole_m112017 note méthodologique du 21/11/2017 consulté le 26 avril 2018

¹³⁷⁶ Cela a abouti à la création de la CNUCED par la Résolution 1995(XIX) de l'Assemblée Générale de l'ONU portant constitution de la CNUCED en tant qu'organe de l'Assemblée Générale New York 30 décembre 1964 La section II 3.- de cette structure de l'AG pour l'insertion du Tiers monde dans le commerce international perçu comme un outil de domination des pays(grandes firmes) occidentaux -Souligne : « *Les principales fonctions de la conférence sont les suivantes : a) favoriser l'expansion du commerce international, principalement en vue d'accélérer le développement économique, et en particulier le commerce entre pays ayant atteint des niveaux de développement différents, entre pays en voie de développement et entre pays à système économiques et sociaux différents, en tenant compte des activités des organisations internationales existantes* » Voir L. Sabourin « *Organisations économiques internationales* » Documents rassemblés et présentés éd. La documentation française, Paris 1994 p.283

liés à la circulation et à la sécurité juridique des capitaux, les autorités communautaires veulent démontrer toute l'attractivité de la région aux capitaux étrangers.¹³⁷⁷

636. De même le marché internationaux de négoce des produits énergétiques devait être facilité aux contractants en vue d'une concurrence ouvert et saine : « *Les Parties Contractantes œuvrent en vue de promouvoir l'accès aux marchés internationaux des matières et produits énergétiques et des équipements liés à l'énergie à des conditions commerciales et, de manière générale, de développer un marché ouvert et concurrentiel.* »¹³⁷⁸

Dans une perspective d'intégration juridique au niveau communautaire, le facteur énergétique¹³⁷⁹ est essentiel. En tout cas, il est la condition sine qua non de la réussite du processus. C'est la raison pour laquelle, la nécessité des marchés capitaux et leur ouverture sont nécessaires : « *1. Toutes les Parties Contractantes reconnaissent l'importance de la nécessité d'ouvrir leurs marchés aux capitaux et entreprises pour encourager le financement des échanges de matières et produits énergétiques et pour encourager les investissements dans les activités économiques intéressant le secteur de l'énergie dans l'espace CEDEAO. A cet effet, chaque partie Contractante s'engage à ouvrir ses marchés aux capitaux et aux investisseurs d'autres parties Contractantes ou de tout autre pays tiers tout en leur offrant des conditions similaires à celles accordées dans des circonstances similaires à ses propres entreprises.* »¹³⁸⁰

637. La zone CEDEAO qui cherche une plus grande promotion et attractivité juridique aux investissements sur le plan énergétique est consciente des limites capacitaires des États membres et des initiatives privées intra zone. D'où la nécessité d'impliquer aussi l'expérience et le savoir financiers des institutions financières internationales.¹³⁸¹ En vue de prévenir les risques financiers et la précarité sécuritaire sur le plan juridique dans une sous région où toutes les règles ne sont pas toujours respectées, les engagements financiers de la part de structures financières internationales doivent être pris en prenant comme facteur la prudence. C'est ce qui a poussé le texte à attirer l'attention sur cette nécessité prudentielle en affirmant : « *Aucune disposition du présent article n'empêche :*

- a) *les institutions financières d'appliquer leurs pratiques de prêts ou de garanties fondées sur les principes du marché et les considérations prudentielles ; ou*
- b) *une Partie Contractante de prendre des mesures :*

¹³⁷⁷ Le préambule du Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie de la CEDEAO Abuja (Nigéria) d'octobre 2002 le note : « *Convaincues que l'adhésion par les États membres de la Communauté aux termes et principes du Traité sur la Charte de l'Énergie démontrera aux investisseurs internationaux et aux marchés des capitaux que la région de la CEDEAO est plus attrayante sur le plan des investissements dans les projets et les infrastructures d'énergie* »

¹³⁷⁸ Voir article 3 *ibid*

¹³⁷⁹ A l'exemple du traité de Paris instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) le 18 avril 1951 qui accéléré la réconciliation franco allemande et devait déboucher à terme sur une unité politique plus large Voir Gautron J-C. « Droit européen » 14^e édition, éd. Dalloz 2012 p.71

¹³⁸⁰ Voir article 9 *Ibid*

¹³⁸¹ L'al.3 dispose : « *Dans la mise en œuvre de programmes d'activités économiques dans le secteur de l'énergie destinés à améliorer la stabilité économique et le climat financier des Parties Contractantes, celles-ci cherchent à encourager les opérations et à utiliser pleinement l'expérience des institutions financières internationales pertinentes* » *ibid*.

i) pour des raisons prudentielles, y compris pour assurer la protection des investisseurs, des consommateurs, des déposants, des titulaires de titres ou des personnes bénéficiant d'une obligation fiduciaire de la part d'un prestataire de services financiers ; ou

ii) pour assurer l'intégralité et la stabilité du système financier et des marchés de capitaux »¹³⁸².

638. L'accès aux capitaux a une dimension opérationnelle au niveau international, mais surtout national et communautaire, complétant la sécurité juridique de l'investissement surtout dans le domaine énergétique. La dimension capacité financière et mobilisations des ressources financières à travers des institutions panafricaines spécialisées sont les maillons faibles de l'environnement juridique relatif aux opérations énergétiques dans l'ouest du continent. La protection juridique globale des investissements est une des marques de ce texte, c'est pourquoi sa vision sur le pétrole africain est d'une certaine audace.

C : Le texte communautaire face à la réalité de la protection contractuelle du pétrole africain

Le cadre juridique du pétrole est d'une grande complexité dans les pays d'Afrique de l'ouest (1), il y a aussi l'équation des contrats de partage de production (2)

1) La complexité d'un domaine de par ses types de contrat

Généralement, la matérialisation de l'exploitation pétrolière se fait sur le plan contractuel à travers les concessions pétrolières (a) et dans les pays africains les contrats de partage de production(b).

a- Les concessions pétrolières

639. Historiquement, l'exploitation du pétrole découvert s'est faite à travers le régime juridique de la concession.¹³⁸³ Cette situation s'explique par l'absence de technologie, de savoir-faire en matière d'exploration d'hydrocarbures dans les pays nouvellement producteurs. C'est la raison pour laquelle, ce mécanisme juridique de partage des rôles entre

¹³⁸² Voir article 9 al.4 ibid

¹³⁸³ Dans certaines parties du monde historiquement producteurs d'hydrocarbures (concessions moyen orientales), elle : « a) confère à son titulaire le droit exclusif de rechercher, extraire, exploiter, commercialiser, transporter et vendre les produits et leurs dérivés. b) elle est conclue pour une longue durée (60 à 75 ans) ; c) Elle couvre une grande proportion du territoire (Totalité du Koweït, du Qatar, d'Abu Dhabi, une grande partie de l'Iran et d'Arabie Saoudite) ; d) Elle impose au concessionnaire, outre le paiement d'une redevance, l'accomplissement de certaines tâches d'utilité publique. Ainsi sont construits et entretenus ports, routes, hôpitaux, écoles, installations de Télécom ; e) Ses dispositions sont souvent stabilisées en ce sens que l'Etat concédant s'engage à ne pas y porter atteinte (article 21 ch.3 de la concession de l'Anglo Persian) » cité par D. Bettems « Les contrats entre États et entreprises étrangères » éd. Perspectives internationales Meta éd. Lausanne 1989 p. 36 supra (chapitre 1 première partie), voir aussi « Le pétrole entre les pays producteurs et les pays consommateurs », Sd de Antoine Ayoub, Montréal, éd. Presses de l'université de Laval, 1974

Etat(s) et Majors occidentales producteurs de pétrole est privilégié. Traditionnellement, les Compagnies étrangères exploratrices avaient toujours la mainmise, dominaient la plupart les concessions jusqu'à ce que l'Accord de New York innove en matière de partenariat entre les deux acteurs pétroliers : « *Deux ordres de questions sont traitées dans l'accord : d'une part, celles touchant à l'importance de la participation étatique, au calendrier de son acquisition et à l'indemnisation versée aux groupes actionnaires initiaux en contrepartie de la cession d'une fraction de leur participation ; d'autre part, celles concernant la disposition de la production revenant aux États hôtes du fait de leur participation.* »¹³⁸⁴

640. Les concessions pétrolières- historiquement défavorables aux pays producteurs- ont fait l'objet de corrections régulières et progressives jusqu'à un certain équilibre contractuel et surtout de prix.¹³⁸⁵ Les pays d'Afrique de l'ouest, tardivement venus sur le marché en tant que pays producteurs de pétrole¹³⁸⁶ ont aussi suivi ce modèle contractuel.¹³⁸⁷ Les concessions pétrolières (qui illustrent la dépendance technologie des pays producteurs d'hydrocarbures) ont été faites dans le sens d'une sécurisation juridique¹³⁸⁸ et judiciaire des Grandes

¹³⁸⁴ Jean D- Charbonnel « *L'Accord de New York sur la participation des États producteurs de pétrole dans le capital des sociétés concessionnaires* », A.F.D.I. 1973 pp.740-751 pour l'auteur « *le point essentiel de l'accord est la reconnaissance aux États producteurs du droit d'acquérir progressivement sur une période de dix ans une participation de 51% dans le capital des compagnies concessionnaires* » p.747 et s.

¹³⁸⁵ Voir les différents Accords de l'OPEP en ce sens : « *Accords de Genève : Accords (signés en 1972) entre l'OPEP et les sociétés pétrolières qui prévoyait une augmentation des prix du pétrole pour faire face à la dévaluation du dollar ; Accords de Téhéran : Accords (signés en 1971) entre l'OPEP et les sociétés pétrolières qui prévoyait une augmentation programmée des prix du pétrole pour les pays du Golfe ; Accords de Tripoli : Accords (signés en 1971) entre l'OPEP et les sociétés pétrolières qui prévoyait une augmentation programmée des prix pour les pétroles disponibles en méditerranée.* » Outre la technique des accords réguliers, il y a la technique des « *quotas pétroliers pour réguler les prix du pétrole, les pays de l'OPEP ont instauré en 1983 des quotas, ou plafonds de production qui est périodiquement ajusté en fonction du marché* » Voir (N.) Bret-Rouzaut & (J.)-Pierre Favennec « *Recherche et production du pétrole et du gaz Réserves, coûts, contrats* » éd. Technip, Paris, 2011 p.313 et s.

¹³⁸⁶ En Afrique de l'ouest- hormis le Nigéria qui a de gros réserves (37 milliards de barils de réserves et de 5000 milliards de M3 de Gaz naturelles) et qui a démarré sa production à la fin des années 50, les autres sont soient non producteurs, soient sont devenus prometteurs en matière de découverte (Ghana, Cote d'Ivoire et Sénégal)

¹³⁸⁷ En matière de modèle contractuel pour l'exploitatio du pétrole le « *partage de la production* » est le principe et la norme. Les législations pétrolières africaines ont été édictées dans un contexte de séduction et en vue d'attirer le maximum de compagnies et de ce fait, ce modèle contractuel constitue de fait le plus attractif pour séduire les investisseurs étrangers. Selon l'article 11 du Code des hydrocarbures du Mali Loi n°2015-035 du 16 juillet 2015 : « *Les contrats pétroliers afférents à la réalisation des opérations de recherche et des opérations d'exploitation sont des contrats de partage de production.* », voir aussi article 22 « *contrats d'exploration et de partage de production* » de la Loi L/2014/n°034/AN du 23 décembre 2014 portant Code pétrolier de la Guinée. Voir enfin le Code pétrolier du Niger Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 en son article 107

¹³⁸⁸ Ces clauses s'engagent à encadrer l'exercice du pouvoir normatif de l'Etat d'accueil pour éviter l'instabilité et l'insécurité juridique de l'investissement pétrolier projeté. On peut les ranger comme des « *clauses de stabilisation : qui visent le gel de la législation et la réglementation interne(clause de la stabilisation stricto sensu) et les clauses dites d'équilibre économique... qui obligent l'Etat à entamer des négociations avec l'investisseur afin de restaurer l'équilibre économique du contrat, si des modifications du cadre réglementaire ayant un effet négatif sur l'investissement surviennent à une date ultérieure à la conclusion du contrat. La restauration de l'équilibre économique consiste souvent à indemniser l'investisseur pour le coût supporté en raison de l'adoption de nouvelles règles afin d'atteindre l'équilibre initiale* » Voir « *Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil ?* » J.D.I. 2014-2 avril-mai-juin pp.541-562 p. 543 Ce domaine a mobilisé une importante doctrine internationaliste : P. Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les accords de développement économique, in Mélanges offerts à Charles Rousseau- La Communauté internationale : Paris, A. Pedone 1974 ; G. Bastid Burdeau « *Droit*

Compagnies pétrolières.¹³⁸⁹ Dans un pays comme le Niger où récemment on a fait des découvertes d'hydrocarbures¹³⁹⁰, la concession est définie dans le texte de référence comme : « *Le contrat de concession fixe les droits et obligations de l'Etat et du titulaire pendant la période de validité du permis de recherche et, en cas de découverte d'un gisement commercial, pendant la période de validité du ou des permis d'exploitation qui s'y rattache(nt). Le titulaire du contrat de concession assume le financement de l'opération pétrolière et dispose des hydrocarbures extraits, conformément aux stipulations dudit contrat, sous réserve des droits de l'Etat de percevoir la redevance ad valorem en nature.* »¹³⁹¹

641. La protection contractuelle des investissements énergétiques, par le modèle des concessions pétrolières, exigent de la part de l'éventuel ou des éventuels bénéficiaires la possession des « *capacités techniques et financières* »¹³⁹² Le concept très important et significatif- quant à la nécessité de savoir qui sera habilité à la recherche et l'exploration pétrolières- est défini dans les lois pétrolières africaines comme : « *Les filiales de droit malien des personnes morales étrangères, qui sollicitent, seules ou dans le cadre d'un consortium, l'octroi d'une autorisation aux fins d'exercice des opérations Pétrolières peuvent, en tant que de besoin, présenter à l'appui de leur demande tout document pertinent de nature à justifier des capacités techniques et financières de la personne morale étrangère concernée, pour l'exercice des opérations pétrolières.* »¹³⁹³

642. Sur le cas de la vérification des capacités techniques et financières de l'entreprise qui sollicite une autorisation ou un permis d'exploration d'hydrocarbures, le droit de l'UE-

des investissements et droit international de la commande publique » pp.62-85 in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » Sd. de S. Robert-Cuendet éd. Bruylant Groupe Larcier s.a., 2017

¹³⁸⁹ Notamment sur le plan procédural : règlement arbitral privilégié des éventuels litiges. C'est une solution judiciaire qui est perçue comme une garantie juridique de la part des firmes- Majors et Juniors pétroliers.

¹³⁹⁰ « *Le Niger pourrait produire entre 60 000 et 80 000 barils/j, mais par manque de débouchés pour exporter l'or noir, la production est limitée à 20 000 barils/j* » voir Aboubacar Y. Barma « Hydrocarbures : la Sonatrach confirme de nouveaux gisements au Niger » la Tribune Afrique du 13/02/2018 : <https://afrique.latribune.fr/entreprises/industrie/energie-environnement/2018-02-13/hydrocarbures-sonatrach-confirme-la-decouverte-nouveaux-gisement-au-niger-768> consulté le 26 avril 2018

¹³⁹¹ Voir République du Niger Code pétrolier Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 article 106

¹³⁹² Au sein de l'UE, l'art. 5 dispose à propos des capacités financières et techniques : « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour assurer que :*

- 1) *les autorisations sont octroyées sur la base de critères concernant dans tous les cas :*
 - a) *les capacités techniques et financières des entités et*
 - b) *la manière dont elles comptent procéder à la prospection et/ou à l'exploration de l'air géographique en question...* » Voir 30 mai 1994- Directive 94/22/CE du Parlement Européen et du Conseil sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospection, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures(J.O. L 164, 30 juin 1994)

¹³⁹³ Voir article 5 de la Loi n°2015-035 du 16 juillet 2015 portant organisation de la recherche, de l'exploitation et du transport des hydrocarbures www.droit-afrique.com/upload/doc/mali/Mali-Code-2015- hydrocarbures.pdf . Le Code pétrolier du Bénin ajoute- outre les capacités techniques et financières- d'autres domaines pour prétendre contracter :: « *Nul ne peut obtenir le permis recherche d'hydrocarbures ou permis H s'il ne justifie de capacités techniques et d'une surface financière nécessaire pour mener à bien les recherches et s'il ne souscrit à l'engagement de consacrer aux recherches pendant la durée du permis un effort financier minimum approprié. Un programme minimum de travaux, un programme de formation des nationaux, le régime fiscal ainsi que l'effort financier souscrits doivent être définis dans le contrat pétrolier* » Voir article 20 de la Loi n°2006-18 du 17 octobre 2006 portant Code pétrolier en République du Bénin Fait à Cotonou, le 17 octobre 2006 ambabenin.dk/wp-content/upload/2016/01/ambassade-benin-code-petrolier.pdf

contrairement souvent à certaines législations africaines- se montre d'une grande sévérité en tenant compte de plusieurs facteurs¹³⁹⁴. Le titulaire du contrat de concession a différents droits comme « l'exclusivité d'effectuer toutes les opérations pétrolières. »¹³⁹⁵ De même sa durée ne peut excéder un certain temps.¹³⁹⁶ L'autre modèle de protection pétrolière contractuelle très prisé par les pays d'Afrique de l'Ouest est le contrat de partage de production.

b- Les contrats de partage de production

643. En Afrique le mécanisme contractuel le plus utilisé pour l'exploration des hydrocarbures est le contrat de partage de production¹³⁹⁷. C'est un mécanisme contractuel où le titulaire possède une part de la production. Ce dernier préfinance les investissements en supportant seul les risques financiers de son engagement. En cas de découvertes durant ses forages, il se rembourse en s'appropriant une part de la production pour se rémunérer. Aujourd'hui, dans le cadre du régime juridique d'exploration et d'exploitation du pétrole, c'est le modèle le plus utilisé de par le monde des pays producteurs.¹³⁹⁸ Ils obéissent à des

¹³⁹⁴ L'article 4 stipule : « 1. Les États membres veillent à ce que les décisions relatives à l'octroi ou au transfert d'une autorisation d'effectuer des opérations pétrolières et gazières en mer tiennent compte de la capacité du demandeur sollicitant une telle opération à satisfaire aux exigences liées aux opérations prévues dans le cadre de l'autorisation précitée, conformément aux dispositions pertinentes du droit de l'Union, notamment la présente Directive.

2. En particulier, lors de l'évaluation de la capacité technique et financière du demandeur sollicitant une autorisation, il est dûment tenu compte des points suivants :

a) les risques, les dangers et toute autre information utile concernant la zone faisant l'objet d'une autorisation, y compris le cas échéant, le coût de la dégradation du milieu marin visé à l'article 8, paragraphe 1, point c) de la directive 2008/56/CE ;

b) la phase particulière des opérations pétrolières et gazières en mer ;

c) la capacité financière du demandeur, y compris les éventuelles garanties financières, à assumer les responsabilités qui pourraient découler des opérations pétrolières et gazières en mer concernées, y compris une responsabilité en cas de préjudice économique éventuel lorsque cette responsabilité est prévue par le droit national ;

d) les informations disponibles concernant les performances du demandeur en matière de sécurité et d'environnement, y compris en ce qui concerne les accidents majeurs, lorsqu'elles sont nécessaires aux opérations pour lesquelles l'autorisation a été demandée. Avant d'octroyer ou de transférer une autorisation pour des opérations pétrolières et gazières en mer, l'autorité qui délivre les autorisations consulte, le cas échéant, l'autorité compétente.

3. Les États membres veillent à ce que l'autorité qui délivre les autorisations n'octroie une autorisation que s'il est établi par le demandeur que des dispositions adéquates ont été ou seront prises par celui-ci, sur la base d'arrangements à définir par les États membres, afin de couvrir les responsabilités qui pourraient découler des opérations pétrolières et gazières en mer du demandeur... » Voir article 3. « Principes généraux des risques dans les opérations pétrolières et gazières en mer » de la Directive 2013/30/UE du Parlement Européen et du Conseil relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la Directive 2004/35/CE (J.O. L 178, 28 juin 2013 in (C.) Chenevière & (C.) Musialski Code Européen Energie – climat 1^{er} édition à jour au 1^{er} janvier 2014 éd. Bruylant, 2014 p.87 et s.

¹³⁹⁵ Voir République du Sénégal article 25 de la Loi n° 98- 05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier

¹³⁹⁶ « La concession d'exploitation d'hydrocarbures est octroyée au titulaire pour une durée ne pouvant excéder vingt-cinq ans. Toutefois la durée de la validité de cette concession peut être prorogée par décret pour une période maximale de dix-ans, renouvelable une fois... » Voir 27 *ibid*

¹³⁹⁷ Pratiquement, tous les instruments relatifs aux hydrocarbures y font expressément référence comme outil pratique des investissements dans le domaine énergétique.

¹³⁹⁸ « Le système juridique du contrat de partage de production a été introduit par l'Indonésie en 1966, lors d'un contrat conclu entre la société nationale Pertamina et un indépendant américain, et sous une forme voisine par le Pérou en 1971. Depuis, ce concept a été choisi par de très nombreux pays. Beaucoup sont exportateurs de

modalités techniques assez sophistiquées pour le partage de la production après déduction du « profit oil »¹³⁹⁹ et du « cost oil »¹⁴⁰⁰ Ainsi : « Une fois les coûts de production recouverts par l'exploitant privé, la part de production restante (« le profit oil ») sera partagée entre l'Etat et l'exploitant privé selon les modalités définies par le contrat d'exploitation. »¹⁴⁰¹

644. En Afrique de l'Ouest, hormis le Nigéria qui a de grosses réserves d'hydrocarbures¹⁴⁰² et qui est traditionnellement un gros producteurs membre de l'OPEP, les autres pays sont de petits producteurs mais avec un potentiel énergétique prometteurs¹⁴⁰³. Dans les textes de référence, en l'espèce les lois relatives au pétrole, -comme celui de la Cote d'Ivoire- le contrat relatif au partage de production y est défini comme suit : « Le contrat de partage de production est celui par lequel l'Etat contracte les services d'une société pétrolière en vue d'effectuer pour son compte et de façon exclusive, à l'intérieur d'un périmètre défini, les activités de recherche, et en cas de découverte d'un gisement d'hydrocarbures commercialement exploitable, d'exploitation. Le titulaire assume, en outre, à ses propres risques, le financement de ces opérations. Les opérations pétrolières d'un contrat de partage de production, selon leur nature, font l'objet d'une autorisation exclusive soit d'exploration, (en cas de découverte, d'évaluation), soit d'exploitation couvrant l'exploitation d'un gisement d'hydrocarbures commercialement exploitable. »¹⁴⁰⁴

645. En vertu de ce mécanisme contractuel très prisé, concrètement, le partage se fait de la façon suivante selon les textes pertinents.¹⁴⁰⁵ Les hydrocarbures sont une source d'énergie

pétrole, tels que l'Indonésie ou l'Egypte, où plus de 100 contrats de ce type ont déjà été respectivement signés, mais également la Malaisie, la Syrie, Oman, l'Angola, le Gabon, la Libye, le Qatar, la Chine, l'Algérie ou la Tunisie. Certains d'entre eux ne sont pas, ou peu, producteurs, comme la Tanzanie, la Cote d'Ivoire, la Mauritanie, le Kenya, l'Ethiopie, la Jamaïque. En outre, plusieurs pays d'Europe de l'Est et de l'ex-URSS ont adopté ce système » Voir N. Bret-Rouzaud & J.-Pierre Favennec « Recherche et production du pétrole et du Gaz Réserves, coûts, contrats » 2^e édition, éd. Technip, Paris, 2011 p.208 et s. voir aussi Darmon G. « Le partage de la rente pétrolière État des lieux et bonnes pratiques », Paris, éd. Technip, 2013 pp.25-36

¹³⁹⁹ « Dans un contrat de partage de production, fraction de la production restant après le cost oil. Cette fraction est partagée entre le contractant et l'Etat selon les termes convenus dans le contrat. » Voir N. Bret-Rouzaud & J.-Pierre Favennec p.319 *ibid*

¹⁴⁰⁰ « Dans un contrat de partage de production, fraction de la production allouée au recouvrement des coûts (investissements et coûts opératoires) du contractant » p.315 *ibid*.

¹⁴⁰¹ Voir Th. Lauriol & E. Raynaud p.204 *op cit*. p.51

¹⁴⁰² Ce vaste pays d'Afrique, le plus peuplé avec 176 millions d'habitants a des « réserves avérées de 37 Milliards de barils(2013), alors que d'autres pays comme le Ghana (660 millions de barils, la Cote d'Ivoire 250 millions de barils, le Niger 650 millions de barils » Voir Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP) Note d'analyse « Cartographie du pétrole en Afrique de l'ouest » Rupper C. et Vaghi (M.) 14 janvier 2014 20 p. https://www.grip.org/sites/grip.org/files/NOTES_ANALYSE/2014/NA_2014-01-14_fr_M-VAGHI.pdf p.7 consulté le 29 avril 2018

¹⁴⁰³ Le paysage pétrolier en Afrique de l'Ouest est en pleine bouleversement avec les potentialités du Golf de Guinée-outre le traditionnel grand producteur qu'est le Nigéria- du pétrole a été découvert aux larges du Ghana et de la Cote d'Ivoire, Niger et le Sénégal récemment. Voir République du Sénégal Contrat de recherche et de partage de production « Ultra Deep offshore » entre Total et Pétrole du Sénégal (Petrosen) fait à Dakar, le 2 mai 2017

¹⁴⁰⁴ Voir article 15 de la Loi n°96-669 du 29 août 1996 portant pétrolier de la République de Côte d'Ivoire www.Cepici.gouv.ci/web/docs/Code-petrolier-96.pdf

¹⁴⁰⁵ a) « une part de la production totale d'hydrocarbures est affecté au remboursement des coûts pétroliers effectivement supportés par le titulaire au titre du contrat pour la réalisation des opérations pétrolières. Cette de production, couramment appelée dans l'industrie « cost oil » ne peut être supérieure au pourcentage de la production fixée dans le contrat.

stratégique et peuvent constituer de ressources de rentrées financières importantes pour les finances publiques des pays de la sous région, toutefois, le partenariat contractuel entre les États et les firmes soulèvent beaucoup d'interrogations relatives à l'équilibre et la défense des intérêts des Etats.

2) L'équation des dispositions relatives aux contrats pétroliers

Les contrats pétroliers des pays d'Afrique de l'Ouest soulèvent des problématiques relatives à la faiblesse de la participation des firmes locales au capital des sociétés concessionnaires (a). L'autre équation est la rareté des clauses de renégociations des engagements pétroliers (b).

a- La faiblesse de la participation des firmes locales au capital des sociétés concessionnaires

646. La recherche, l'exploration, le raffinage et la mise en place d'infrastructures de transport à travers des oléoducs exigent des techniques, des capacités financières, une logistique et des expériences que seules les grandes compagnies occidentales d'exploration (les Majors) possèdent. Dans beaucoup de pays riches en ressources énergétiques, le partage de richesses se pose entre acteurs et surtout le pourcentage de l'implication des compagnies publiques nationales locales dans le capital des sociétés chargées d'exploiter les ressources découvertes.¹⁴⁰⁶ Si dans beaucoup de pays producteurs de pétrole des progrès ont été enregistrés avec la création de puissants Holdings publics¹⁴⁰⁷ chargés de gérer le pétrole (patrimoine du pays) attribution des blocs, surveillance de l'exécution des contrats, politique de partenariat avec les firmes pétrolières, en Afrique de l'Ouest, il en est tout autre.

647. En effet, le cadre juridique et contractuel relatif aux hydrocarbures privilégient les participations minimums dans le capital des sociétés nouvellement créées dans le but

b) le solde de la production totale d'hydrocarbures, après déduction de la part prélevée au titre de l'alinéa a) ci-dessus appelé « profil oil » est partagé entre l'Etat et le titulaire, selon modalités de partage fixées dans le contrat, lequel précise si le partage est effectué avant ou après impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. » Voir article 15 ibid.

¹⁴⁰⁶ Voir Devaux-Charbonnel (J.) « L'Accord de New York sur la participation des États producteurs de pétrole dans le capital des sociétés concessionnaires », AFDI 1973, pp.740-751 p. 747

¹⁴⁰⁷ Outre la propriété des ressources par le biais de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Certains pays en développement importants producteurs d'hydrocarbures ont mis en place des Sociétés publiques en vue d'un plus grand contrôle des ressources, de la défense des intérêts de l'Etat et le monopole dans l'attribution des blocs et du suivi des contrats avec les firmes énergétiques étrangères. Ce processus heurté du partenariat a abouti à la naissance de grands holdings locaux dans certains pays grands producteurs d'hydrocarbures. Ils ont nationalisé l'industrie pétrolière avec la création de ces grandes compagnies locales, C'est le cas de l'Algérie avec la Sonatrach, du Nigéria avec Nigeria National Petroleum Corporation (NNPC), de l'Arabian American Oil Company (Aramco) en Arabie Saoudite, le Venezuela avec la création en 1976 de Petroleos de Venezuela S.A (PDVSA). Ce pays va plus loin avec « l'adoption en 2006 d'une loi visant à convertir tous les contrats en vigueur avec des partenaires étrangers en cette forme de société mixte (« empresa mixta ») dont la société nationale PDVSA détient au moins 51% » Voir Rouzaut-Bret N. & Favennec Pierre-J p.1997 op cit. p.64

d'exploitation des découvertes.¹⁴⁰⁸ Cette participation de l'Etat dans les contrats pétroliers à un niveau minimum est illustrée par la loi pétrolière de la Guinée qui en dispose ainsi : « *Chaque Contrat Pétrolier contient une clause conférant à l'Etat une option de participer, soit directement, soit par une société nationale, aux droits et obligations du contractant dans tout périmètre d'exploitation. Le contrat Pétrolier prévoit les modalités d'exercice de cette option et précise le pourcentage maximum de la participation que l'Etat peut ainsi acquérir, laquelle sera au moins égale à dix-pour cent (10%).* »¹⁴⁰⁹

648. Toutefois, cette politique de participation technique et à minima dans l'exploitation pétrolière nationale n'est ni figée ni définitive. L'environnement contractuel dans le domaine des hydrocarbures est complexe par nature et évolutif, raison pour la quelle, des instruments et mécanismes juridiques sont prévus dans les contrats et surtout dans le cadre juridique pétrolier qui consistent à rectifier progressivement le pourcentage de départ à travers une volonté équilibrante¹⁴¹⁰. Cette volonté équilibrante pour accroître la participation de l'Etat ou la holding public attributaire des concessions peut se faire à tout moment de la vie de la du permis ou de l'autorisation d'exploitation¹⁴¹¹. L'Etat peut se faire « entrepreneur pétrolier » se livrant à des techniques de forage et d'exploration de sa propre initiative. Il a un droit d'option en vertu de sa souveraineté : « *L'Etat se réserve le droit toutes les opérations pétrolières soit directement, soit par l'intermédiaire d'un organisme public..* »¹⁴¹². Cette disposition se trouve dans d'autres instruments de pays de la sous région qui l'explicitent¹⁴¹³

¹⁴⁰⁸ Les Codes pétroliers africains se contentent généralement de peu dans la répartition du capital de la société créée pour l'exploitation des découvertes (10% avec des variations cependant) Néanmoins, le Code du Niger en son article 65 dispose : « *A l'attribution du permis d'exploitation ou de l'autorisation exclusive d'exploitation, l'Etat ou l'organisme public a le droit d'exiger du titulaire que celui-ci cède un pourcentage pouvant aller jusqu'à 20% des droits et obligations attachés au permis ou à l'autorisation* » Voir Niger Code pétrolier Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007

¹⁴⁰⁹ Voir article 46 « *option d'acquisition d'une participation* » de la Loi L/2014/n°034/AN du 23 décembre 2014 portant Code pétrolier de la Guinée www.droit-afrique.com/upload/doc/guinee/Guinee-Code-2014-petrolier.pdf

¹⁴¹⁰ L'article 65 de la loi nigérienne le souligne : « *A l'attribution du permis d'exploitation ou de l'autorisation exclusive d'exploitation, l'Etat ou l'organisme public a le droit d'exiger du titulaire que celui-ci cède un pourcentage pouvant aller jusqu'à 20% des droits et obligations attachés au permis ou à l'autorisation. Le titulaire est alors tenu d'accéder à la demande de l'Etat. Dans ce cas, chaque titulaire voit sa participation dans le permis ou l'autorisation automatiquement diminuée du pourcentage cédé à l'Etat. L'Etat ou l'organisme public devient co-titulaire du permis ou de l'autorisation.* » Voir Niger Code pétrolier Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant Code pétrolier

¹⁴¹¹ C'est le texte pertinent de la loi nigérienne qui en dispose ainsi : « *Les dispositions de l'alinéa précédent ne font pas obstacle à ce que l'Etat ou l'organisme public puisse, conformément à l'article 8 ci-dessus et à tout moment au cours de la période de validité du permis ou de l'autorisation concerné(e), accroître sa participation, notamment au-delà du pourcentage de 20% susmentionné, dans les conditions et suivant les modalités convenues avec ses co-titulaires.* » Voir article 65 *ibid*

¹⁴¹² Voir article 5 de la Loi n° 2015-035 du 16 juillet 2015 portant *organisation de la recherche, de l'exploitation et du transport des hydrocarbures* au Mali www.droit-afrique.com/upload/doc/mali/Mali-Code-2015-hydrocarbures.pdf

¹⁴¹³ « *L'Etat peut se livrer à toutes les opérations pétrolières soit seul, soit associé à des capitaux privés. Il peut procéder à toutes opérations de prospection sans l'autorisation à l'article 5 de la présente loi.* » Voir article 15 de la Loi n°2006-18 du 17 octobre 2006 portant Code pétrolier en République du Bénin Fait à Cotonou, le 17 octobre 2006

649. La loi sénégalaise semble plus explicite sur le choix qu'octroi l'Etat en fonction de sa souveraineté, objectif économique et priorité énergétique stratégique : « *L'Etat se réserve le droit d'entreprendre pour son compte des opérations pétrolières :*

- a) *soit directement ;*
- b) *soit par l'intermédiaire de sociétés d'Etat agissant seules ou en association avec des tiers dans le cadre d'un contrat de services ;*
- c) *soit par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales de son choix, de nationalité sénégalaise ou étrangère, autorisées, conformément aux dispositions du présent code, à effectuer des opérations pétrolières aux conditions d'un contrat de services conclu avec l'Etat, lequel peut être notamment un contrat de partage de production. »*¹⁴¹⁴.

650. Pour une telle ressource comme les hydrocarbures, si stratégiques et importantes comme source de revenus et possible industrialisation (pétrochimie, industrie para pétrolière etc.), il est incompréhensible que le souci de faire venir les investisseurs étrangers puisse conduire à baisser la part des États dans le capital des sociétés exploitantes. La protection globale des investissements doit exiger à moyen et long terme, la révision des modalités de constitution des sociétés d'exploitation en vue de mieux prendre en compte et de défendre – par conséquent- les intérêts légitimes de l'Etat. De même, il serait nécessaire à long terme d'y associer les privés nationaux dans l'amont et l'aval pétrolier. Les contrats d'investissement signés portant sur les pays d'Afrique de l'ouest portant sur les hydrocarbures se distinguent la plupart du temps par une absence de clause liée à al renégociation.

b- La rareté des clauses de renégociation des engagements pétroliers

651. La protection contractuelle des investissements et des investisseurs énergétiques dans les pays en développement a été marquée par un déséquilibre sans précédent. En effet, en vue de prévenir les risques juridiques et les pratiques discriminatoires empiétant sur la vie du contrat, les pays d'accueil ouest africains ont eu un comportement préférentiel envers les firmes énergétiques s'implantant sur leur territoire.¹⁴¹⁵ Le déséquilibre juridique manifeste a eu des conséquences sociales, environnementales et surtout fiscales dont l'Etat d'accueil pâtit

¹⁴¹⁴ Voir article 6 de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier Fait à Dakar, le 8 janvier 1998

¹⁴¹⁵ L'environnement contractuel des investissements énergétique n'a pas été trop conflictuel comme ce fut naguère dans d'autres régions richement dotées en hydrocarbures. L'exécution des contrats énergétiques est plus menacée par les risques extra-juridiques très perceptibles dans une région comme l'Afrique de l'ouest, que les considérations essentiellement juridiques. Le manque d'expérience dans l'industrie et les opérations pétrolières font que les pays d'Afrique de l'ouest ne signent généralement que des contrats de partage de production avec les firmes énergétiques. Ce modèle contractuel se caractérise par la rareté des clauses contraignantes, contrairement aux pays de l'OPEP traditionnellement gros producteurs d'hydrocarbures qui ont de modèles de contrats beaucoup plus contraignantes en matière de transfert de technologie, du local content et de la répartition quasi égalitaire dans le capital de la société d'exploitation du pétrole découvert. Voir Lauriol (Th.) & Raynaud (Em.) « *Le droit pétrolier et minier en Afrique* », Paris, éd.LGDJ éditions, Lextenso éditions p. 201-209 ouvrage précité, Voir aussi Serge Bandoki « *Le droit minier et pétrolier en Afrique* », Paris, éd. Edilivre-éditions AParis, 2008 p.27 et s. Voir Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant Code pétrolier du Niger article 59-64

la plupart du temps¹⁴¹⁶. Les contrats énergétiques qui sont la conséquence du déficit de technologie, de savoir faire et de niveau de développement des acteurs posent une série de problématiques concernant les clauses sur le droit applicable¹⁴¹⁷, l'exécution réciproque des prestations¹⁴¹⁸ et surtout l'absence de clauses de renégociation.¹⁴¹⁹

652. Les conséquences de l'absence de clause de renégociation des contrats d'hydrocarbures, c'est la permanence de l'insécurité au plan juridique. En effet, ce déséquilibre juridique de départ aboutit souvent à un manque à gagner fiscale et budgétaire considérablement des États et profite généralement aux firmes énergétiques (Majors et Juniors). C'est la raison pour laquelle, la nécessité- vue la complexité du domaine des hydrocarbures, les enjeux multiples et l'objectif d'intérêt général que défend la puissance publique- de l'inscription de clause prônant une renégociation des termes du contrat de partenariat est plus qu'importante, essentielle et se justifie amplement vu l'Etat du partenariat et le déséquilibre qui s'en ait suivi. La renégociation contractuelle doit avoir pour objectif plus de sécurité envers les acteurs de l'investissement(les États et les firmes). Elle doit obéir à

¹⁴¹⁶ Voir Sonko (O.) « *Pétrole et gaz au Sénégal Chronique d'une spoliation* », Paris, éd.Fauves, 2017 p. 79 et s. Voir aussi République du Sénégal : « Contrat de recherche et de partage de production des hydrocarbures Ultra Deep offshore(UDO) entre Total et Pétrosen » Fait à Dakar, le 2 mai 2017

¹⁴¹⁷ Sur ce point, il y a toujours eu une controverse au sein de la doctrine internationaliste quant à savoir quel est le droit applicable. Sur la nature du contrat acte de droit interne ou traité international Voir la doctrine à ce point Boulanger Ph. « *Les contrats entre États et entreprises étrangères* », Paris, éd. Economica, 1985 p.206 , voir aussi l'excellent ouvrage de Lankarani L. « *Les contrats d'état à l'épreuve du droit international* » Préface de Brigitte Sterne Avant-propos de Prosper Weil, Bruxelles, éd. Bruylant 2001 p. 7 et s. Voir aussi Leben (Ch.) « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat » pp.119-175 in « *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI* » Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn éd. Litec-CRDEIMI, 2000 p. 156 et s.Pour la jurisprudence internationale CPJI « *Tout contrat qui n'est pas un contrat entre États en tant que sujets du droit international, a son fondement dans une loi nationale* » Voir C.P.J.I. 1929, affaire des emprunts serbes et brésiliens, Série A n°20, Dans ce domaine contractuel, les acteurs n'ont pas les mêmes conceptions du droit applicable en cas de litige, malgré les progrès de l'arbitrage , certains pays en développement s'en tiennent toujours pour « *le renforcement des législations nationales* » et « *l'interprétation restrictive de la référence au droit international* » voir G. Feuer & H. Cassan, Droit international du développement, Dalloz, 1985, pp.177-186 cité par Z. Haquani « Les contrats d'Etat et la coopération Sud-Sud : cas des entreprises multinationales entre pays en développement », pp.267-279 p.276

¹⁴¹⁸ L'exécution des obligations murement codifiées dans les textes de référence en matière d'investissement énergétique, -notamment le respect des lois et règlement du pays d'accueil, le respect des règles et normes environnementales et sociales et s'acquitter de ses devoirs fiscaux- n'est guère respectée dans l'environnement contractuel des investissements en Afrique au point d'aboutir à un contentieux des investissements assez fourni où les États ont usé de leurs prérogatives pour, *rééquilibrer les prestations contractuelles* : Voir CIRDI Maritime international Nominess Establishment c. République de Guinée aff. N° ARB/84/4 sentence du 6 janvier 1988 ; CIRDI AGIP c. République du Congo aff. N°ARB/77/1), sentence du 30 novembre 1979, où pour défendre l'argument de « *l'incompétence du Centre à trancher le litige* » CIRDI Compagnie française pour le développement des fibres textiles c/République de Cote d'Ivoire aff. N°ARB/97/8), sentence du 4 avril 2000

¹⁴¹⁹ La notion de rébic sic stantibus qui permet de prendre en compte les circonstances changeantes pour adapter un texte juridique (traité ou contrat) à une réalité, n'est pas pris en compte par les instruments juridiques relatifs aux opérations pétrolières des pays d'Afrique de l'ouest. La renégociation contractuelle (pourtant essentielle en vue d'équilibrer le partenariat avec les firmes pétrolière étrangère) ou changement de circonstance- en vue de mieux tenir en compte et de protéger les intérêts majeurs et légitimes des États -ne figure pas dans les textes de référence ni dans l'instrument contractuel portant concession pétrolière. Comme à l'instar de celui signé par le Sénégal .Voir République du Sénégal « *Contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures* » Ultra Deep offshore(UDO) entre Pétrosen-Société pétrolière du Sénégal représenté par Mamadou Faye et Total rerésenté par Patrick Pouyanné. Approbation président de la République du Sénégal Fait à Dakar le 2 mai 2017

certaines considérations : temporelle¹⁴²⁰, sectorielles¹⁴²¹ et liées à l'objectif assigné dès le départ.¹⁴²²

653. La préservation des risques à travers l'inclusion de clauses de prévention des contentieux est une donnée fondamentale compte tenu des spécificités de cette forme d'investissement dans les pays comme ceux d'Afrique de l'Ouest. En effet, la théorie du droit des contrats au plan nationale et internationale montre que les obligations réciproques souffrent la plupart du temps de facteurs comme la *force majeure* ou les changements de circonstances qui sont causes d'*exonération de responsabilité*.¹⁴²³ Le principe s'impose pour une raison juridique tirée du droit public particulièrement constitutionnel relatif à la constitution qu'est le principe de mutabilité de la constitution.¹⁴²⁴ Toutefois, aussi nécessaire et légitime soit elle, la renégociation du cadre contractuel relatif aux ressources d'hydrocarbures se heurtent à pas mal de difficultés juridiques. En effet, la première difficulté résulte du fait qu'aucune disposition ou clause contractuelle n'en prévoit une renégociation, la seconde, c'est que dans la majorité des cas, les contrats restent muets¹⁴²⁵ et enfin, le principe de la renégociation n'est

¹⁴²⁰ Dans les contrats liés aux ressources naturelles, la longueur : « *La concession d'exploitation d'hydrocarbures est octroyée au titulaire pour une durée ne pouvant excéder vingt-cinq ans. Prorogeable par décret pour une durée maximale de dix ans, renouvelable une fois* » Voir article 27 de la Loi n°98-05 du 08 janvier 1998 portant Code pétrolier du Sénégal Fait à Dakar, le 8 janvier 1998

¹⁴²¹ Cela ne doit concerner que le secteur des ressources naturelles. Ces secteurs qui accueillent l'essentiel des investissements généraux en Afrique et qui constituent l'essentiel des ressources fiscales et budgétaires. Le cadre contractuel- certes avec la nuance qui s'impose- doit être aménagé au point de laisser une part à la renégociation surtout que ces contrats ont généralement dans le contexte africain une durée assez longue. Où à défaut d'une renégociation qui risque de bouleverser les clauses, le cadre et l'économie du contrat pour le contractant de l'Etat d'accueil, ce dernier peut signer des contrats courts avec des clauses portant réévaluation en tenant surtout compte à la valorisation boursière des cours du produit énergétique en question.

¹⁴²² Avec une vérification et un suivi régulier en de mieux contrôler que les ressources découvertes puissent profiter au peuple. Comme le stipule la loi portant sur le pétrole en Guinée dont l'article 2 : « *viser aussi à promouvoir une gestion systématique et transparente du secteur afin de garantir des bénéfices économiques et sociaux durables au peuple guinéen dans le cadre d'un partenariat mutuellement avantageux avec les investisseurs* » Voir La loi portant Code pétrolier de la Guinée Loi L/2014/n°034/AN op cit. p. 67

¹⁴²³ Voir Le Boulanger (Ph.) « *Les contrats entre États et entreprises étrangères* », Paris, éd. Economica, 1985 p. 158 Dans le principe posé par les règles du droit international des traités à travers la Pacta Sunt Servanda « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elle de bonne foi* » voir article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités conclue à Vienne le 23 mai 1969. La même Convention stipule en son article 61 comme pour apporter une souplesse au sujet du droit international en cas d'impossibilité de remplir les obligations découlant d'un engagement bi ou multilatéral : « *Une partie peut invoquer l'impossibilité d'exécuter un traité comme motif pour y mettre fin ou pour s'en retirer si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité* » au : <https://treaties.un.org/doc/Publications/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-french.pdf> consulté le 10 avril 2018

¹⁴²⁴ C'est-à-dire l'idée que la Loi fondamentale d'un pays n'est pas figée. Elle doit tenir compte des circonstances changeantes et des aspirations des citoyens au plan politique, économique, sociale et culturelle d'où la nécessité de revoir périodiquement la constitution par le biais de mécanisme démocratique semi directe(vote à l'Assemblée nationale et au Sénat à la majorité absolue pour changer certaines ou inclure dans la constitution certaines dispositions ou principes) ou directe(convocation d'un référendum pour changer des dispositions essentielles de la Constitution ou inclure certains aspects relatifs à la marche des institutions ou l'octroi de pouvoirs aux entités infra-étatiques.

¹⁴²⁵ De l'avis des auteurs (Th.) Lauriol & (E.) Raynaud « *La majorité des contrats restent muets s'agissant de la mise en œuvre de la clause de renégociation et s'en remettent à l'esprit qui a présidé lors de la conclusion du contrat d'exploitation ce qui, en pratique, donne lieu à de multiples contestations et exégèses. En général, l'un des exploitants aura une volonté réformatrice tandis que l'autre souhaitera maintenir l'équilibre contractuel institué. Plusieurs solutions sont envisagées dans les contrats d'exploitation dont la plus répandue consiste à ce*

pas une entreprise aisée, dans la mesure où souvent une partie, en l'espèce dans la plupart des cas la firme pétrolière, peut refuser de coopérer avec son partenaire qu'est l'Etat propriétaire des ressources.¹⁴²⁶ Le caractère contractuel figé a abouti à la consécration de clause sécuritaire unilatérale au profit des investisseurs la plupart du temps. Raison pour laquelle, les textes communautaires visent à dépasser les cadres nationaux pour une protection globale

D : La réaction contre les cadres juridiques pétroliers nationaux laxistes : l'enjeu des capacités de négociation

Les capacités de négociation contractuelle visent à remédier à l'ineffectivité des clauses au niveau environnemental (1), mais également de la nécessité d'une refondation des cadres juridiques nationaux pétroliers au niveau national pour la protection globale des acteurs (2).

1) En vue de remédier à l'ineffectivité au niveau environnemental

654. Les cadres juridiques nationaux relatifs aux hydrocarbures consacrent un environnement pétrolier bénéfique, sécuritaire et non discriminant pour l'investisseur. Les firmes énergétiques sont invitées à se conformer et à conformer leurs activités aux règles et normes admises par le droit international de l'environnement.¹⁴²⁷ L'environnement subit un traitement différencié selon les lois pétrolières du pays considéré ou en cause. Ces derniers ne se contentent uniquement de réaffirmer la nécessité du respect des normes environnementales dans les investissements portant sur les opérations pétrolières¹⁴²⁸ Dans les investissements énergétiques en Afrique de l'Ouest, l'effectivité environnementale est rarement une réalité du fait des considérations liées entre autres à l'attractivité.

que l'exploitant qui estime réunies les conditions de la réadaptation, en avise son partenaire et lui soumet une proposition de révision du contrat, l'autre devant alors faire connaître sa position dans un bref délai. » Voir Th. Lauriol & E. Raynaud « *Le droit pétrolier et minier en Afrique* », éd. LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2016 p.410

¹⁴²⁶ « *La renégociation des contrats n'est pas toujours aisée et peut être empêchée par le manque de coopération de l'une des parties ou l'impossibilité de parvenir à une solution commune ; ainsi il est primordial que le contrat ou la loi prévoient l'intervention d'un tiers médiateur ou arbitre afin de trancher les questions fondamentales relatives à la renégociation.* » Th. Lauriol & E. Raynaud *ibid* p.411

¹⁴²⁷ Noamment la nécessité de l'observance des règles et normes environnementales obligatoires : le principe de l'étude d'impact environnemental –Principe 17 de Rio- ; limitation des pratiques de pollution, l'engagement de la responsabilité de l'investisseur en cas de dommage causé à l'environnement par ses pratiques-principe pollueur-payeur- Principe 16 de Rio- ; l'instauration dans certains cas du principe de précaution « en cas de risque de dommages graves ou irréversibles »Principe 15 de Rio, voir Nations -Unies « Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement ». Réunie à Rio de Janeiro : 3-14 juin 1992 ; voir aussi N-U « Déclaration finale de Rio +20 de 2012 » « L'Avenir que nous voulons » Réunie à Rio de Janeiro : 20 -22 juin 2012 ; voir aussi les normes relatives au contrôle de l'émission de gaz à effet de serre et la nécessité à terme de se passer de l'énergie fossile posées à Paris lors de la Conférence sur le CAP-21 « *Accord de Paris du 12 décembre 2015 sur le climat* »

¹⁴²⁸ Dans un pays comme le Mali le titulaire de contrat pétrolier est certes tenu de respecter les dispositions législatives et réglementaire concernant la protection de l'environnement et du patrimoine culturel ; mais mieux, l'article 73 va plus loin et dispose ainsi : « *Toute demande tendant à l'octroi d'une autorisation de recherche doit être accompagnée d'une Notice d'impact sur l'environnement. Toute demande tendant à l'octroi d'une autorisation d'exploitation ou d'une autorisation de transport doit être accompagnée d'une étude d'impact environnemental, social et culturel détaillée, approuvée par le ministre chargé de l'environnement, et du permis environnemental correspondant* » Voir Loi n°2015-035 du 16 juillet 2015 portant organisation de la recherche, de l'exploitation et du transport des hydrocarbures

655. Par conséquent, le respect de l'environnement, du développement durable n'est pas incompatible avec le respect strict des obligations des contractants : « *Chaque Partie Contractante s'efforce de réduire à un minimum, d'une manière économiquement efficace, tout impact nuisible à l'environnement, produit à l'intérieur ou à l'extérieur de sa zone par toutes les opérations du cycle énergétique menées dans cette zone, en veillant au respect des normes de sécurité. Dans ses politiques et ses actions, chaque Partie Contractante s'efforce de prendre des mesures préventives pour empêcher ou réduire à un minimum les dommages à l'environnement.* »¹⁴²⁹ Par ailleurs, le texte communautaire relatif à l'énergie s'attarde sur différents aspects du droit de l'environnement dont les parties Contractantes doivent tenir compte. Cette disposition est met en avant le respect absolu des règles et normes dans les investissements relatifs aux hydrocarbures par : « *l'application de technologies, pratiques et procédés efficaces d'un point de vue énergétique et écologiquement sains, qui réduiront à un minimum, d'une manière économiquement rentable, les effets néfastes pour l'environnement de tous les aspects du cycle énergétique* »¹⁴³⁰

656. Pour autant, à la faveur des circonstances nouvelles au plan international et qui concerne directement les normes environnementales,¹⁴³¹ l'effectivité doit être une réalité avec l'instauration d'une fiscalité sur le plan environnemental à travers l'instauration d'une taxe environnementale.¹⁴³² L'effectivité du respect des normes environnementales ne s'impose pas-malgré la volonté politique des acteurs (Etats, firmes énergétiques ONG etc.) En effet, la plupart du temps les traités internationaux et surtout régionaux relatifs à l'environnement se contentaient de faire des invites, des recommandations pour que les États : « *tiennent compte* » ; « *encouragent* » et « *prennent en considération les questions liées à l'environnement* ».¹⁴³³ Mais, à la faveur de la prise conscience intervenue au plan internationale, des risques que courent la terre et liés aux changements climatiques, la problématique environnementale est au cœur des stratégies d'investissement sur le plan énergétique. Cela se traduit par la promotion au tant que possible des énergies renouvelables¹⁴³⁴ au détriment des énergies fossiles dont certaines Institutions financières

¹⁴²⁹ Voir article 19 du Protocole A/P4/1/03 sur l'énergie de la CEDEAO d'octobre 2002. Cette disposition consacre le principe phare en droit de l'environnement « *pollueur-payeur* » : « *Les Parties Contractantes conviennent que le pollueur opérant dans leurs zones doit supporter le coût de l'évitement, de l'élimination et le nettoyage de toute pollution ainsi que le coût de toute autre conséquence d'une telle pollution, y compris la pollution transfrontalière, dans le respect de l'intérêt public et sans que soient faussés les investissements dans le cycle énergétique ou le commerce international* »

¹⁴³⁰ Article 19 (g) Protocole A/P/1/03 sur l'énergie de la CEDEAO Octobre 2002

¹⁴³¹ Notamment la nécessité pour lutter contre les changements climatiques et l'accélération de la transition énergétique par la diminution drastique de la part des énergies fossiles jugées polluantes. Voir « Accord de Paris du 12 décembre 2015 sur le climat »

¹⁴³² Vu l'importance croissante des opérations pétrolières et gazières en Afrique de l'ouest- par essence polluantes- ces pays doivent instaurer une taxe environnementale sur les activités pétrolières dommageables à l'environnement.

¹⁴³³ Voir (R.) Babadji « *Le traité sur la Charte européenne de l'énergie 17 décembre 1994* », AFDI 1996 CNRS éd. Paris pp.872-893 p.892

¹⁴³⁴ La promotion des énergies propres a un double objectif : lutter contre le réchauffement climatique et promouvoir une voie de développement centrée sur l'humain et la satisfaction de ses besoins basiques : « *Nous savons que l'énergie joue un rôle capital dans le développement étant donné que l'accès à des services énergétiques modernes et durables aide à lutter contre la pauvreté, à sauver des vies, à améliorer la santé et à*

internationales établissent un calendrier en vue de son abandon dans leur portefeuille de financement.¹⁴³⁵

657. Si c'était un droit qui a toujours été considéré comme du Soft Law sans contrainte, cette conception n'est plus de mise. Les États au niveau national sanctionnent bien les catastrophes environnementales où les firmes (Majors ou juniors) énergétiques sont impliquées où sont à l'origine.¹⁴³⁶ Sur la conditionnalité et le respect absolu des normes environnementales, le droit de l'Union Européenne sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer a innové par la notion de maîtrise des risques¹⁴³⁷ et la participation du public concerné.¹⁴³⁸ Le cadre juridique des opérations d'hydrocarbures est en perpétuelles mutations, il est toujours fruit d'un rapport de force entre firmes énergétiques et États producteurs

subvenir aux besoins fondamentaux de l'être humain » Voir Nations-Unies « Déclaration de Rio+20 de 2012 « L'Avenir que nous voulons » Rio de Janeiro (Brésil) du 20 au 22 juin 2012 Principe 125 « énergie »

¹⁴³⁵ C'est le cas au niveau national des banques comme celles françaises qui renoncent à financer des centrales à charbon (énergie jugées trop polluantes et responsables de l'émission des gaz à effet de serre dont la limitation est prônée par le Traité de Kyoto (Japon) 1997. Au plan international, il y a l'annonce de la Banque Mondiale qui prévoit d'abandonner de financer des projets énergétiques (pétrole) conférence de Paris

¹⁴³⁶ Comme l'histoire de l'industrie pétrolière fut jalonnée de catastrophes au niveau environnemental on songe à « *L'accident de la plate-forme de production d'huile et de gaz Piper Alpha, survenue en 1988 en mer du Nord qui couta la vie à 167 personnes. La catastrophe de l'Exxon Valdez en 1989 et du procès retentissant à la suite duquel des indemnités colossales ont été versées* » Voir Rouzaut-Bret (N.) Favennec (J.-P.) « Recherche et production du Pétrole et du Gaz Réserves, couts, contrats » 2^e édition Paris, éd. Technip 2011 p.292 et s.

¹⁴³⁷ L'article 3, « *Principes généraux de la gestion des risques dans les opérations pétrolières et gazières en mer* », dispose : « *al.3 En cas d'accident majeur, les États membres s'assurent que les exploitants prennent toutes les mesures adéquates pour limiter ses conséquences pour la santé humaine et l'environnement. Al.4 Les États membres exigent des exploitants qu'ils veillent à ce que les opérations pétrolières et gazières en mer soient effectuées sur la base d'une gestion systémique des risques afin que les risques résiduels d'accidents majeurs aux personnes, à l'environnement et aux installations en mer soient rendus acceptables* » Voir 12 juin 2013.- Directive 2013/30/UE du Parlement Européen et du Conseil relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la Directive 2004/35/CE (J.O. L178, 28 juin 2013)

¹⁴³⁸ L'article 5 qui l'organise et en détaille longuement le processus : « *1. Le forage d'un puits d'exploration à partir d'une installation non destinée à la production ne débute pas tant que les autorités compétentes de l'Etat membre concerné n'ont pas veillé à ce qu'ait lieu une participation du public effective et à un stade précoce en ce qui concerne les effets éventuels sur l'environnement d'opérations pétrolières et gazières planifiées en mer en vertu d'autres actes juridiques de l'Union, en particulier la Directive 2001/42/CE ou la Directive 2011/92/UE, selon le cas. 2. Lorsque la participation du public visé au paragraphe 1 n'a pas lieu, les États membres veillent à ce que les dispositions suivantes s'appliquent :*

- a) *le public est informé, soit par des avis publics, soit par d'autres moyens appropriés, notamment par des médias électroniques, de l'endroit où il est prévu d'autoriser des opérations d'exploration ;*
- b) *le public concerné est identifié, notamment le public qui est touché ou qui risque d'être touché par la décision d'autoriser des opérations d'exploration, ou qui a un intérêt à faire valoir dans ce cadre, y compris les organisations non Gouvernementales concernées, telles que celles qui œuvrent en faveur de la protection de l'environnement ainsi que d'autres organisations pertinentes ;*
- c) *des informations pertinentes relatives à ces opérations planifiées sont mises à la disposition du public, notamment des informations concernant le droit de participer au processus décisionnel et les personnes auxquelles les observations ou question peuvent être adressées ;*
- d) *le public peut formuler des observations et des avis avant l'adoption de décisions visant à autoriser l'exploration, lorsque toutes les options sont encore envisageables ;*
- e) *lorsque les décisions visées au point d) sont adoptées, il est tenu dûment compte des résultats de la participation du public ; et*
- f) *l'Etat membre concerné informe rapidement le public, après avoir examiné les observations et les avis de ceux-ci, des décisions prises et des raisons et considérations sur lesquelles elles sont fondées, y compris en communiquant des informations sur le processus de participation du public » Voir article 5*

2) En vue de la nécessité d'une refondation des cadres juridiques pétroliers nationaux pour une protection globale

658. L'investissement international dans les hydrocarbure a toujours été marqué par un déséquilibre manifeste entre les acteurs : les firmes pétrolières ont toujours été en position de force du fait de leur savoir faire en matière d'exploration sur toute la chaîne énergétique, la capacité financière et le soutien diplomatique initiale de leurs pays respectifs. Alors que les pays producteurs n'ont pas eu accès à tous ces privilèges (technologiques, capacités financières et force diplomatique). Le cadre juridique et institutionnel relatif aux opérations pétrolières n'a été qu'une traduction de ce rapport de force inégal. Cette inégalité contractuelle qui a abouti souvent à des positions minoritaires dans le capital des sociétés concessionnaires a été progressivement résorbée dans les pays du Sud producteurs.¹⁴³⁹

659. La deuxième phase de cette « reprise en main » (pays Arabes et de l'OPEP) de leurs ressources pour un rééquilibrage juridique et contractuel s'est traduite par la mise en place de holding national très puissant chargé de gérer les ressources pétrolières. Le contexte, les capacités juridiques et de gouvernance contractuelle des pays d'Afrique de l'Ouest sont différentes. S'agissant proprement parler de cette partie de l'Afrique, ces pays prônent dans leurs législations pétrolières les contrats de partage de production¹⁴⁴⁰ rarement de contrat de simple prestation de service.¹⁴⁴¹ C'est la raison pour laquelle, les cadres juridiques, contractuels et même de gouvernance institutionnelle ont besoin d'être profondément revus en vue d'une plus grande défense des intérêts de l'Etat, des communautés locales des zones de production, mais sans pour autant lésé ceux des entreprises qui exploitent les hydrocarbures. Cela passe par l'instauration de cadres élargis en matière de négociation et de signature de contrat,¹⁴⁴² de la nécessité absolue d'instaurer le principe d'un ticket d'entrée au cas où les

« participation du public en ce qui concerne les effets sur l'environnement d'opérations planifiées d'exploration pétrolière et gazière en mer » Ibid

¹⁴³⁹ Voir (J.) Devaux-Charbonnel « L'accord de New-York sur la participation des États producteurs de pétrole dans le capital des sociétés concessionnaires », *AFDI* 1973 pp.740-751 L'accord de New York fut important dans la configuration future de la répartition du capital entre les États et les Majors pétroliers « Le point essentiel de l'accord est la reconnaissance aux États producteurs du droit d'acquérir progressivement sur une période de dix ans une participation de 51% dans le capital des compagnies concessionnaires »p.747.

¹⁴⁴⁰ Voir les articles 105, 106, 107 de la Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant Code pétrolier du Niger

¹⁴⁴¹ C'est le type de contrat pétrolier où un État charge une Compagnie major surtout junior ou indépendant de procéder à des opérations de recherche, si elles sont couronnées de succès, l'opérateur en question est rémunéré de tout ce qu'il a engagé comme frais et dépenses de recherche et le produit de la découverte revient à l'Etat. Ce type de contrat est rare, car on imagine mal, une Compagnie pétrolière surtout les Majors entreprennent de gros risques (vu la complexité des recherches et des opérations dans l'industrie pétrolière) et à la fin se voit attribuer une simple rémunération des dépenses effectuées pour la découverte du pétrole et que le gisement soit transféré à l'Etat –via son holding public-. Ce dernier procède à un appel d'offre pour attribuer l'exploitation définitive des blocs découverts.

¹⁴⁴² Généralement, ce sont les administrations du ministre chargé de l'énergie, des mines ou du pétrole où dans certains cas la société nationale chargée de contrôler les participations de l'Etat dans l'hydrocarbure qui procèdent à la négociation et à la signature avec les compagnies pétrolières étrangères de s'contrats de partage de production. La présidence de la République- comme c'est le cas dans un pays d'Afrique de l'ouest comme le Sénégal- approuve par une signature le contrat négocié et signé par le ministère compétent et le directeur où un représentant officiel de la Compagnie. Cette procédure- vu le contexte et les enjeux des investissements énergétiques en Afrique de l'ouest- est un peu hative. En effet, le moment et le contexte de ces investissements

zones de recherche sont potentiellement prometteuses, c'est-à-dire avant de soumissionner dans un appel d'offres tout investisseurs énergétiques- majors, junior et indépendant doit s'acquitter d'une somme fixée par l'autorité compétente en l'occurrence le ministère de l'énergie .

660. En dernier lieu, il y a à moyen et long terme, l'impérieuse nécessité pour les pays de la sous région d'avoir de holding forts ayant de fortes capacités juridiques, de négociation et de gouvernance de ressources d'hydrocarbures.¹⁴⁴³ De même, les États prônent le « *local content* », ¹⁴⁴⁴ et malgré les limites objectives voire l'inexistence de savoir-faire en matière d'exploration, d'exploitation et de raffinage pétrolières, les pays producteurs et nouvellement venus sur le marché, devraient envisager la participation à terme (moyen et surtout à long terme) de leurs nationaux à l'exploration.¹⁴⁴⁵ La satisfaction de ce projet(certes difficile mais pas impossible à moyen et long terme) traduit et aboutira à la recherche de l'objectif qui est recherché, dans toute politique de partenariat en matière d'hydrocarbures, d'avoir un équilibre des intérêts, la stabilité des situations juridiques et la protection globale des intérêts de l'ensemble des acteurs qui interviennent dans ce secteur. La volonté de communautariser la protection des investissements est aussi illustrée sur le plan minier par la Directive sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur des mines. Cet instrument communautaire est un grand pas dans la recherche et l'accomplissement de la protection globale des investissements dans le contexte communautaire.

exigent une démarche inclusive : les États doivent associer la société civile compétente, les représentants des communautés locales de la zone de recherche ou d'exploitation des hydrocarbures et des personnes ressources pour mieux défendre et protéger ses intérêts dans un secteur où l'asymétrie d'informations en défaveur des États est une réalité.

¹⁴⁴³ Voir l'exemple de l'Algérie avec la *SONATRACH* – une société nationale parmi les plus puissantes d'Afrique. Elle se projette à l'étranger pour souscrire à des appels d'offres notamment au Niger où elle découvre du pétrole. Voir Direction Communication & Relations publiques Sonatrach communiqué de presse au : https://www.sonatrach.com/images/pdfs/Communique_presse_Premiere-decouverte_dhydrocarbures.pdf Les pays d'Afrique de l'ouest nouvellement venus sur le marché pétrolier- le Ghana, la Côte d'Ivoire et le Sénégal- gagneraient à nouer des relations de partenariat avec les sociétés nationales des grands producteurs d'hydrocarbures d'Afrique à l'instar aussi de NNPC du Nigeria et de SONANGOL de l'Angola

¹⁴⁴⁴ Le Nigeria pays qui a les plus gros réserves d'hydrocarbures (37 Milliards de barils) après la Libye a fortement impliqué ses nationaux dans l'industrie pétrolière dans l'amont (exploration) et les activités liées à l'aval pétrolier (transport, stockage, raffinage et négoce) et imposé un transfert progressif d'un contenu local de la part des compagnies étrangères qui exploitent le pétrole dans les États situés dans le Delta du Niger Voir « *Nigeria oil and gas industry Content Development Act* » votée 29 th Day of March, 2010 –National Assembly of the Fédéral Republic of Nigeria, promulguée le 22nd day of April, 2010 au : ncdmb.gov.ng/images/GUIDELINES/NCACT.pdf

¹⁴⁴⁵ Cette volonté « nationale » d'exploration par ses propres chefs on la retrouve dans pratiquement tous les instruments relatifs aux opérations pétrolières en Afrique de l'ouest. Celui du Niger le souligne en son article 8 : « *L'Etat peut mener pour son propre compte soit directement, soit par l'intermédiaire d'un organisme public, seul ou en association avec des tiers nationaux ou étrangers, des opérations pétrolières* » voir Code pétrolier Niger Loi n°2012-01 du 31 janvier 2007

II- Paragraphe 2 : L'harmonisation du droit des investissements miniers : la directive C/DIR3/05/09 du 27 mai 2009 de la CEDEAO sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier

JJ-

La volonté d'harmonisation du droit des investissements miniers en Afrique de l'Ouest¹⁴⁴⁶ se traduit dans le texte communautaire par une innovation révolutionnaire de l'instrument juridique (A), accompagné d'un souci permanent de l'intérêt général (B), de même, on note un renforcement des règles dans un sens favorable aux États (C). L'instrument juridique dénote un certain idéalisme dans la politique de protection des investissements (D) qui pose pas mal de perspectives avec les initiatives internationales relatives aux mines (E).

A : Un instrument juridique au contenu révolutionnaire : une réaction aux codes miniers nationaux laxistes

Cette réaction se traduit d'une part par les objectifs contenus dans le texte (1) et les substances minérales conçues comme des ressources appartenant à l'Etat (2) et enfin par la participation de l'Etat aux opérations minières (3).

1) Les objectifs du texte

Le texte instaure un compromis qui consiste à accroître la responsabilité des acteurs de l'investissement minier (a) ; en même temps, il vise à l'instauration d'un environnement juridique minier bénéfique (b).

a- Accroissement de la responsabilité des compagnies et de l'Etat

661. Pour pouvoir bénéficier des retombées des ressources minières (au plan budgétaire, fiscal, emploi, formation des ressources humaines et éventuellement l'industrialisation) et accorder en même temps un traitement équitable et non discriminatoire aux investisseurs miniers étrangers, les pays d'Afrique de l'Ouest s'obligent, procèdent et se livrent à un équilibrisme délicat.¹⁴⁴⁷ La volonté d'accroître la responsabilité des acteurs tient avant tout compte à l'importance stratégique, majeur et fondamental que jouent les ressources minières

¹⁴⁴⁶ L'harmonisation juridique des investissements miniers s'est faite principalement à travers deux instruments : le premier c'est le *Règlement n°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant Code minier communautaire de l'UEMOA*. Le second instrument qui fait plus l'objet de notre étude est la *Directive C/Dir3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier* adoptée par la CEDEAO lors de la Soixante deuxième Session ordinaire du conseil des ministres Abuja(Nigéria), 26-27 mai 2009 Ce texte a pour objectif de : « 4 Doter les États membres d'une politique minière et d'un cadre juridique harmonisés ; » voir article 2 de la Directive

¹⁴⁴⁷ « Reconnaissant que la Responsabilité de promouvoir et de protéger les droits de l'homme incombe principalement aux gouvernements, les investisseurs et autres entreprises commerciales dans le secteur minier de l'Afrique de l'Ouest ; » Voir Préambule de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier

pour les pays de cette sous région¹⁴⁴⁸ qui a fait l'objet de pas mal d'études, de rapports et de propositions de la part d'Organisations Internationales africaines.¹⁴⁴⁹ Les mines, particulièrement, les investissements qui en font l'objet sont toujours décriés dans le contexte africain car ayant une vision essentiellement rentière des ressources africaines en vue de l'industrialisation des économies avancées.¹⁴⁵⁰

662. Cette vision a conduit certains pays à avoir une conception idéologique de l'exploitation de leurs ressources et la revendication d'une Souveraineté permanente dans le passé. Toutefois, ce contexte idéologique marqué par de vagues nationalisations des *concessions d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles dans les pays en développement*¹⁴⁵¹ n'est plus de mise. En effet, dans les investissements miniers dans une région comme l'Afrique de l'Ouest les rapports de force entre État et investisseurs extractifs (pour plus de rééquilibrage contractuel, création d'un effet d'entraînement pour les économies locales et une fiscalité juste) existent toujours, mais sont désormais gérés de façon intelligente.¹⁴⁵² Ici les notions d'obligations réciproques, de responsabilités partagées et de devoirs réciproques entre l'Etat et son/ses partenaire(s) sont consacrées, comme le stipule les objectifs du dispositif Communautaire, : « *1. Assurer l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier des États membres basés sur des normes standard de haut niveau de responsabilité pour les compagnies minières et les gouvernements afin de promouvoir les droits de l'homme, la transparence et l'équité sociale et de garantir la protection des communautés locales et de l'environnement dans les zones minières de la sous-région.* »¹⁴⁵³

¹⁴⁴⁸ L'article 31 du traité révisé de la CEDEAO - Fait à Cotonou le 24 juillet 1993- le souligne amplement : « *Les États membres conviennent d'harmoniser et de coordonner leurs politiques et programmes dans le domaine des ressources naturelles au point (b) améliorer les méthodes de fixation des prix et de commercialisation des matières premières par une politique concertée ;(g) coordonner leurs positions dans toutes les négociations internationales sur les matières premières* »

¹⁴⁴⁹ Notamment Union Africaine-Commission économie des Nations-Unies pour l'Afrique « *la Vision du Régime Minier de l'Afrique adoptée en Février 2009* » adoptée lors de la Conférence des ministres africains responsables pour le développement de ressources minérales Première session ordinaire 13-17 octobre 2008 Addis-Abeba(Ethiopie).52 p.

¹⁴⁵⁰ Prioritairement c'était les investisseurs des grandes firmes des pays de l'OCDE, mais actuellement, la nouvelle tendance c'est l'émergence des Firmes des grands pays du Sud BRICS. Actuellement on constate une rivalité entre l'ordre minier occidental-pays traditionnellement industrialisés- et l'ordre asiatique- nouveau pays industrialisés et ayant un fort besoin en ressources naturelles- sur le terrain africain

¹⁴⁵¹ Voir Juillard (P.) « Contrats d'Etat et investissement » pp.159-174 in « *Contrats internationaux et pays en développement* », Paris éd. Economica, 1989 p.171

¹⁴⁵² L'équilibre juridique est toujours de rigueur sur le plan des investissements miniers, l'Acte additionnel de la CEDEAO illustre cette nuance : « *L'objectif principal de la politique de développement des ressources minérales de la CEDEAO est de promouvoir le développement d'un secteur des ressources minérales efficaces dans la région en améliorant les informations géologiques et minérales, en régulant et en développant les activités artisanales et minières à petite échelle et en s'assurant de la responsabilité sociale des entreprises, des acteurs de l'exploitation des ressources minérales dans des plans de développement local des communautés minières* » Voir article 3 Acte additionnel A/SA.16/02/12 portant adoption de la politique de développement des ressources minérales de la CEDEAO (PDRMC) Quarantième session ordinaire de la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement Abuja,(Nigéria) 16-17 février 2012

¹⁴⁵³ Voir article 2 Ibid

663. La notion de responsabilité des compagnies minières dans divers aspect des investissements est inscrite dans la part des Codes miniers des pays de la sous-région.¹⁴⁵⁴ S'il y a un domaine où la responsabilité partagée des deux acteurs est soulignée et réaffirmée, c'est bien le domaine environnemental.¹⁴⁵⁵ La responsabilité des compagnies minières sur la nécessité absolue du respect des lois et des pratiques environnementales en conformité avec le droit international est réaffirmée de façon inédite dans un texte juridique africain : « *Les États membres adoptent des lois appropriées (là où il n'en existe pas) pour mettre en place des mécanismes de plaintes et des audits pour le respect des obligations résultant de la présente Directive relatives à la protection de l'environnement.* »¹⁴⁵⁶ De même, le respect des normes environnementales et même sanitaires et sécuritaires sur le plan des pratiques minières des firmes(majors et juniors miniers) est inscrite dans une globalité législative et réglementaire au plan national et international « *3 Les investisseurs miniers mènent leurs activités conformément aux lois et règlements nationaux, aux pratiques administratives et aux politiques relatives à la préservation de l'environnement des États membres dans lesquels ils opèrent et se conformer aux accords internationaux s'y rapportant, aux principes, objectifs et normes standards relatifs à l'environnement, l'hygiène, la santé publique et la sécurité et en général mener leurs activités de façon à contribuer à l'objectif global de développement durable.* »¹⁴⁵⁷

664. Comme la responsabilité minière est une chaîne. Elle a une dimension aval très important pour les détenteurs de titres administratifs miniers en ce qui concerne l'après mines. Cette innovation de la protection des investissements miniers mérite d'être notée.¹⁴⁵⁸ Les pays

¹⁴⁵⁴ Notamment une innovation majeure pour le Code minier du Sénégalais qui prévoit des « *infractions et un régime de la responsabilité pénale pour activités minières illicites* » Voir art.127-139 de la Loi N°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal Fait à Dakar, le 08 novembre 2016

¹⁴⁵⁵ Les investissements miniers sont par excellence des activités ultra polluantes (gaz à effet de serre, déversement de cyanure défaut dans le traitement des déchets nuisibles à la santé des riverains et communautés locales) C'est la raison pour laquelle en matière d'obligations relatives à la protection de l'environnement la Directive Communautaire stipule : « *1. Avant d'entreprendre toute activité minière, un détenteur de droit ou titre minier doit obtenir les permis et approbations nécessaires auprès des autorités compétentes de l'Etat membre chargées de la protection des forêts, de l'environnement, des autres ressources naturelles, les ressources en eau, et de la santé publique dans le cadre de ses activités minières* » Voir Directive article 6 Ibid

¹⁴⁵⁶ Voir article 6 ibid

¹⁴⁵⁷ Voir article 6 ibid

¹⁴⁵⁸ « *Avant le début des opérations, les détenteurs des droits ou titres miniers doivent élaborer pour mise en œuvre des plans de réhabilitation et de fermeture des sites miniers ainsi que les plans pour l'après mines. Ces plans sont soumis à l'autorité compétente pour approbation. Cette estimation est soumise à des revues périodiques.* » Ibid. L'activité minière cause des déséquilibres sur le plan esthétique et du nivellement des sols considérables. *L'Affaire Nauru/Australie dite affaire Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, CIJ. Recueil 1993 Dans cette affaire : ce territoire soumis au régime des mandats en 1919 des Gouvernements Britanniques, australiens et néo-zélandais qui sont chargés de l'administrer. Ces derniers signent un accord pour l'exploitation des gisements de phosphates sur l'île. Une société commune aux trois gouvernements vit le jour la British Phosphate Commission. Plusieurs millions de tonnes furent extraits des terres de l'île. Le 31 janvier 1968, la République de Nauru accéda à l'indépendance. A la place ne restait qu'une terre aride. Par l'effet de l'activité minière, les terres épuisées étaient rendues impropres à l'agriculture et à toute autre activité. Une remise en état était nécessaire, à défaut l'île ne pouvait plus subvenir au besoin de sa population : Le 19 mai 1989, Nauru attaqua l'Australie devant la Cour internationale de justice. Dans sa requête introductive Nauru fit « valoir qu'en permettant que les terres à phosphates furent abusivement exploitées et que ne remettant pas en état les terres épuisées par l'exploitation minière sous administration australienne, l'Australie a violé ses obligations de bon gestionnaire en tant*

d'Afrique sont confrontés dans les investissements miniers des compagnies minières étrangères à des équations terribles au plan environnemental et sanitaire. Ce qui pose la responsabilité directe de l'investisseur et de l'efficacité du contrôle qu'exercent les pouvoirs publics locaux.¹⁴⁵⁹ L'Etat d'accueil doit veiller à ce que chacun exerce ses responsabilités et obligations, tout en mettant en place un environnement bénéfique et équitable pour les investisseurs miniers.

b- La création d'un environnement minier bénéfique pour les investisseurs

665. Hormis les investissements extractifs, les pays d'Afrique, particulièrement ceux d'Afrique de l'Ouest n'accueillent pas beaucoup d'investissements directs étrangers.¹⁴⁶⁰ Cela est dû à des facteurs économiques(faiblesses du marché domestique, insuffisance et qualité médiocre des infrastructures physiques et pouvoir d'achat faible) politiques(conflictualité élevée et instabilité institutionnelle) et surtout juridiques(instabilité législative, application médiocre des lois et règlements, discrimination réglementaire et faible capacité de régulation juridique de la concurrence entre acteurs des investissements au niveau national de chaque pays). La recherche et l'exploitation minières ont toujours l'objet de concurrence normative entre Etat, mais aussi entre Etat et organisation Régionale en Afrique¹⁴⁶¹ Le cadre législatif et

qu'autorité tutélaire sur l'Ile, a commis des actes illicites de mauvaise administration et a privé le peuple nauruan de son droit à vivre en tant que nation souveraine sur un territoire viable pourvu de ressources naturelles » Devant la Cour l'Australie opposa une batterie d'exception préliminaires en contestant la compétence de la Cour Elle prétendit que Nauru était irrecevable à revendiquer la remise en état des terres puisque 'elle y aurait renoncé avant même son indépendance. Elle soutenait aussi que la Cour ne saurait se prononcer sur d'allégations de violation d'un accord de tutelle intervenue vingt ans parés l'indépendance. Enfin, elle demanda à la Cour de juger irrecevable la demande laquelle ne pourrait être jugée en l'absence du Royaume-Uni et de la Nouvelle- Zélande, deux États qui auraient du être jugés aussi. Par arrêté du 26 juin 1992, la Cour s'est déclarée compétente pour connaître du litige entre Nauru et l'Australie. Finalement qui se termine par un accord transactionnel : « Le 10 août 1993, les gouvernements nauruan et australien sont ils parvenus à un accord transactionnel. Aux termes de cet accord, les parties se désistaient de l'instance pendante. Le gouvernement australien s'engageait à verser à Nauru une indemnité transactionnelle de 107 millions de dollars australiens payable sur vingt-ans. Le 13 septembre 1993, la Cour prit acte de cette transaction et raya de son rôle l'Affaire dite Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie) Voir H. Frédéric Ranjeva « L'affaire certaines terres à phosphates à Nauru(Nauru c. Australie) et la réhabilitation des sites miniers après la fin de l'exploitation » pp.569-575 en l'honneur de Raymonnd Ranjeva Liber Amicorum « L'Afrique et le droit international Variation sur l'Organisation internationale » éd. A. Pedone-Paris-2013 p.570 et s.

¹⁴⁵⁹ « Les États membres veillent à ce que les détenteurs des droits ou titres miniers prennent les mesures pour empêcher et gérer le déversement de cyanure, de mercure et autres substances similaires, de substances nocives à la santé humaine et à l'environnement, ainsi que les autres risques liés aux activités minières » Ibid

¹⁴⁶⁰ Comparée aux « Etats-Unis et à la Chine qui en accueillent respectivement 391 milliards de dollars d'entrées et 134 milliards de dollars d'entrées » Alors que pour l'Afrique, ils ont un peu baissés du fait de la chute des prix des matières premières dont elles regrogent : « Les flux à destination de l'Afrique ont poursuivi leur chute en 2016 pour s'établir à 59 milliards de dollars, en baisse de 3% » voir N-U CNUCED Rapport sur l'investissement dans le monde 2017 « l'investissement et l'économie numérique » 66p. p.16

¹⁴⁶¹ « L'exploitation des ressources minières et pétrolières constitue un enjeu national. Néanmoins, leur importance stratégique fait que les enjeux liés aux industries extractives dépassent bien souvent le contexte national. La prise en compte de ces enjeux, tant au niveau régional qu'international, résulte de volontés parfois antagonistes : d'une part, la volonté de s'unir en vue d'une coopération régionale- c'est le cas dans le secteur minier avec la création de normes supranationales- et, d'autre part, la volonté de s'unir afin d'éviter un conflit ou de mettre fin à un différend. » Voir (Th.) Lauriol & (E.) Raynaud p.196 op cit p.60

réglementaire des ressources minières a connu beaucoup d'évolution et de réformes¹⁴⁶² faisant passer les pays africains de propriétaire/ exploitant et vendeur à régulateur/administrateur en vue créer un environnement juridique minier bénéfique pour se conformer aux cadres juridiques voulus par les institutions financières internationales(Banque Mondiale et F.M.I.) : « *Au niveau national, la plupart des pays miniers africains ont modifié leur code minier au cours des 20 dernières années pour tenir compte du fait que les gouvernements sont passés du statut de propriétaire/exploitant à celui de responsable de la réglementation/administrateur, alors que le secteur privé s'est chargé de la mise en valeur des ressources minières* ».

666. Les instruments extractifs africains sont le fruit de l'évolution internationale et des pratiques internationales en matière d'investissements miniers : « *Les nouveaux codes ont été conçus en vue d'attirer les investissements étrangers directs, en raison de la nécessité de privatiser les entreprises d'extraction minière, mais n'ont pas été nécessairement axés sur le développement. Nombre de ces nouvelles réglementations ont été recommandées par la Banque Mondiale, le FMI et le Secrétariat du Commonwealth et n'ont pas généralement prévu des consultations plus larges avec les principales parties prenantes.* »¹⁴⁶³ Le secteur minier dans la sous région demeure très risqué, c'est pourquoi le cadre juridique communautaire vise à créer un environnement équitable et équilibré entre les États et les compagnies minières : « *2 Créer un environnement minier favorable au développement macroéconomique durable et qui assure un équilibre entre la nécessité de mettre en place des mesures incitatives pour attirer les investisseurs et celle de protéger la base du revenu et les ressources des États membres ;* »¹⁴⁶⁴

667. La protection sécuritaire à travers la recherche d'un environnement juridique équitable et non discriminatoire est aussi prévue par les instruments nationaux des pays membres qui vont souvent plus loin dans ce domaine. D'où la réaction des directives communautaires beaucoup plus sévères que les textes nationaux de référence. C'est ainsi que dans le contexte de l'Afrique, la sécurité de la protection doit doublement bénéficier aux investisseurs miniers étrangers¹⁴⁶⁵, mais aussi- une nouveauté qui mérite d'être mentionnée- le secteur privé

¹⁴⁶² Avec une forte implication de la Banque Mondiale, voir Campbell B. « *Ressources minières en Afrique Quelle réglementation pour le développement ?* », Montréal, éd. Presses de l'Université du Québec, 2010 p. 110

¹⁴⁶³ Voir Nations-Unies Conseil économique et social Commission économique et sociale pour l'Afrique « *Sixième session du Comité de la sécurité alimentaire et du développement et du développement durable (CFSSD-6) Réunion régionale d'application en vue de la dix-huitième session de la Commission sur le développement durable (CSD-18) « Addis-Abeba(Ethiopie) 27-30 octobre 2009 « Rapport d'examen africain sur l'exploitation minière » pp.1-20 p. 7*

¹⁴⁶⁴ Voir article 2 « *Objectifs* » de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier Soixante deuxième session ordinaire du Conseil des ministres Abuja(Nigéria), 26-27 mai 2009

¹⁴⁶⁵ C'est ce que stipule l'Acte additionnel dont le préambule souligne le désir : « *d'adopter un cadre institutionnel, législatif et réglementaire harmonisé dans le secteur minier qui soit moderne, transparent, abordable, compétitif et conforme aux bonnes pratiques internationales* » Voir Acte additionnel A/SA.16/02/12 portant adoption de la politique de développement des ressources minérales de la CEDEAO (PDRMC) adopté lors du Quarantième session ordinaire de la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement Abuja,(Nigéria) 16-17 février 2012

national des États membres¹⁴⁶⁶ Le cas d'un pays comme le Niger est édifiant sur la volonté d'ouverture, d'innovation et d'avantage du régime juridique et fiscal¹⁴⁶⁷ des investissements des grands projets miniers.¹⁴⁶⁸

668. Les États ont toujours des difficultés concernant les mines : comment assurer un environnement réglementaire sécurisant et non discriminatoire tout en défendant ses intérêts légitimes à travers des ressources par essence polluantes et surtout non renouvelables. Le texte communautaire qui est souvent la relique des textes nationaux des États membres pour corriger les défaillances et les insuffisances soulignent avec force que les substances minérales appartiennent à l'Etat. Ainsi, Le domaine minier par excellence un domaine où les questions de souveraineté sont les plus posées et évoquées. Le droit communautaire des mines de la CEDEAO a rangé ces substances minérales comme des ressources appartenant aux Etats

2) Les mines : substance conçue comme ressources de l'Etat

Les substances minérales sont des ressources de l'Etat. En vertu de sa souveraineté sur les ressources, L'Etat dispose de larges prérogatives dans l'attribution des titres miniers (a) ; il en impose la nécessité de la conformité des terrains pour les opérations minières à la loi (b).

a- Par les larges prérogatives de l'Etat dans l'octroi des titres miniers

669. Les ressources minérales du sous-sol ou contenu dans la surface des sols, ainsi que toute autre richesse au large de la ZEE,- c'est-à-dire dans les limites maritimes où l'Etat exerce sa compétence et sa souveraineté-, appartiennent à l'Etat. La conception française de la domanialité qui conçoit et considère que toute richesses naturelles qui se trouvent dans les limites du territoire nationale appartiennent à la puissance publique qui par conséquent exerce sa compétence, sa souveraineté, sa juridiction et sa répartition. Comme l'Afrique de l'Ouest est un terrain de coexistence de systèmes juridiques hérités de la colonisation, la situation peut

¹⁴⁶⁶ Il s'agit ici de la reconnaissance d'un rôle nécessaire au secteur privé local des pays membres « *La nécessité de promouvoir la participation du secteur privé national et du partenariat public/privé dans le secteur minier favorisant l'acquisition de compétences et un accroissement des opportunités professionnelles pour les citoyens des États membres* » Voir préambule Acte additionnel CEDEAO Ibid

¹⁴⁶⁷ « *Le titulaire d'un permis d'exploitation dans le cadre des grands projets miniers bénéficie, en sus des avantages fiscaux consentis par la réglementation minière en vigueur à la date de la signature de sa convention, des avantages fiscaux suivants :*

. exonération de la TVA afférente aux opérations minières pendant toute la durée de validité du permis d'exploitation ;

. exonération de la contribution des patentes pendant toute la durée de validité du permis d'exploitation » Voir article 7 de la Loi n°2008-30 du 3 juillet 2008 « *Avantages dérogatoires pour les investissements dans les grands projets miniers* » du Niger

¹⁴⁶⁸ Par grand projet minier selon la loi nigérienne : « a) *Tout projet minier nouveau ayant un impact économique et social positif pour le pays et remplissant les deux conditions cumulatives suivantes :*
1° investissement d'au moins 300.000.000.000 F CFA hors taxes ;
2° création d'au moins 800 emplois permanents nouveaux pour les nigériens ;

c) *Toute exploitation minière existante objet d'extension objet d'extension, de diversification ou de Modernisation et qui, de ce fait, a un impact économique et social positif pour le pays et remplit les deux conditions cumulatives précitées* » article 2 Ibid

être différent d'un pays à l'autre concernant le régime foncier sur les ressources naturelles.¹⁴⁶⁹ Mais cette diversité des systèmes juridiques, la Directive se pense plutôt sur le modèle juridique de la tradition du civil Law qui considère les ressources minérales comme relevant du domaine de l'Etat par conséquent sa propriété de l'Etat membre.¹⁴⁷⁰

670. La légalité minière c'est-à-dire l'autorisation de recherche et permis d'exploitation d'un ou des mines est de l'autorisation et du domaine exclusives de l'Etat.¹⁴⁷¹ Les prérogatives de l'Etat sur le plan des ressources minérales se mesurent doublement par l'octroi d'un titre minier valide¹⁴⁷² et par la révocation de ce même titre.¹⁴⁷³ Toutefois, ces prérogatives ne vont pas sans respecter les droits des investisseurs miniers notamment sur le plan de la « *conformité aux meilleures pratiques internationales et la nécessité de prendre en*

¹⁴⁶⁹ Les systèmes juridiques africains ne sont que la transplantation de modèles, de mimétisme juridique de la tradition du Civil Law et du Common Law Cela a eu des conséquences sur le caractère libéral ou non du système de propriété des ressources. Dans son ouvrage sur le droit pétrolier et minier en Afrique, l'auteur congolais Serge Bandoki le souligne amplement : « *Le système juridique minier des pays d'Afrique francophone repose sur la tradition régaliennne qui attribue à l'Etat le pouvoir de gérer et d'utiliser les biens du domaine public ou privé suivant les règles de la domanialité publique en se privant le droit de les aliéner suivant les règles du droit privé.* » Alors que dans les pays de tradition britannique « *Le système juridique minier confère, dans la plupart des cas, la propriété des gisements miniers découverts au propriétaire du sol ou au prospecteur qui les a découverts. Ce système minier privilégie la notion de la propriété privée sur les gisements miniers au détriment de la propriété domaniale de l'Etat* » Voir (S.) Bandoki « *Le droit minier et pétrolier en Afrique* », éd. Edilivre, éditions Paris-2008 p.11 et s. « *Les législations relatives aux ressources naturelles de la plupart des pays du tiers monde ne sont qu'une reprise inadaptées des droits et systèmes des anciennes métropoles Royaume-Uni, France Espagne* » V.P. Legoux, « *Législation minière des pays francophones* » : Rev. Jur. Pol. Ind, 1978 n°2 p.693-707 cité par Charles Leben « *Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986)* », J.D.I. 1986-4 éd. Techniques SA-Paris 1986 pp.895-957 p. 921 et s.

¹⁴⁷⁰ Le droit communautaire des ressources naturelles le consacre expressément cette vision de l'Etat propriétaire de tout sur son espace national: « *1. Toute substance minérale à l'Etat naturel, dans le sol, le sous sol ou à la surface du sol d'un État membre, dans les rivières, les ruisseaux, les cours d'eau dans toute la sous-région, dans les zones économiques exclusives, les eaux territoriales ou les plateaux continentaux, est la propriété de l'Etat membre.*

2. Les détenteurs de droits ou de titres miniers acquièrent la propriété des substances minérales qu'ils extraient, conformément aux dispositions légales et contractuelles en vigueur.

3. Les ressources minérales sont la propriété de l'Etat et sont gérées au profit de la population de l'Etat membre. Les États membres ont l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires, comprenant notamment mais pas exclusivement l'adoption de règles juridiques et administratives appropriées pour protéger leurs ressources » Voir article 3 : de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier au sein de la CEDEAO Soixante deuxième session ordinaire du conseil des ministres Abuja(Nigéria), 26-27 mai 2009

¹⁴⁷¹ Voir article 14 « *Délivrance de l'autorisation de prospection* » & article 24 « *délivrance du permis d'exploitation minière* » de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

¹⁴⁷² « *1. Nonobstant la détention d'un titre ou d'un droit sur le terrain sur lequel les substances minérales sont situées, toute activité de recherche, de reconnaissance, de prospection, d'exploration, d'exploitation minière ou toute activité similaire ne peut être entreprise qu'après l'octroi d'un droit ou titre minier valide par une autorité compétente* » Voir article 5 Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier au sein de la CEDEAO Soixante deuxième session ordinaire du conseil des Ministres Abuja,(Nigéria) 26-27 mai 2009

¹⁴⁷³ Les prérogatives de l'Etat membres s'appliquent dans le sens négatif en cas de commission de manquement de la part d'une compagnie minière ou un investisseur : « *5. L'autorité compétente d'un État membre peut révoquer un droit ou titre minier octroyé, elle est convaincue, après inspection et audit, que son détenteur a enfreint l'une des dispositions de la présente Directive ou une loi de l'Etat membre et qu'il a été reconnu coupable de délit de contrebande, de vente ou transaction illicite portant sur des substances minérales.* » Ibid

compte l'intérêt général. »¹⁴⁷⁴ Par le biais des prérogatives multiples qu'il dispose pour réglementer les ressources et choisir le mode de coopération¹⁴⁷⁵ qui va dans ses intérêts et ceux de ses populations, l'Etat peut avoir une panoplie de mesures et d'accords pour la protection de l'intérêt national de ses administrés. Parmi celle-ci, il y a dans le cadre de l'octroi des titres miniers l'accord de stabilité : « *1 dans le cadre de l'octroi d'un droit ou titre minier, l'autorité compétente de l'Etat membre peut conclure un accord de stabilité dans le cadre de négociations avec un investisseur minier. 2 L'accord de stabilité reflète l'intérêt national de l'Etat membre et celui de l'investisseur.* »¹⁴⁷⁶

671. Dans cette perspective, comme les investissements miniers font l'objet de négociation serrées matérialisées en aval par le mécanisme contractuel qui sera soumis à une ratification du parlement dans les États membres : « *3. Les négociations poursuivies dans le cadre de la conclusion dudit Accord traiteront des questions relatives aux effets négatifs des changements intervenus dans la loi en vigueur, le montant et le paiement des royalties, taxes et droits sur l'importance d'intrants. 4. L'Accord de stabilité est soumis à la ratification par le parlement national ou tout organe compétent de l'Etat membre.* »¹⁴⁷⁷ L'effectivité juridique du contrôle et de la maîtrise des opérations minières constituent une nécessité pour renouveler la protection des ressources naturelles dans un contexte où la sous- région fait l'objet de fortes convoitises de la part d'acteurs étrangers divers. L'exigence de conformité à la loi des terrains pour l'exploitation minière est une donnée expressément consacrée dans les textes communautaires.

b- Par la nécessaire conformité à la loi des terrains pour l'exploitation minière

672. L'attractivité juridique de l'Afrique de l'Ouest (malgré les immenses potentialités foncières et sur le plan des infrastructures de diverses sortes) se résume aux investisseurs qu'elle reçoit dans le secteur extractif. Les investissements miniers dans ces pays posent beaucoup de problèmes sur le plan juridique. Ces problèmes vont de l'autorité chargée du suivi et de la régulation des activités minières : notamment les autorisations administratives des opérations minières¹⁴⁷⁸ des travaux miniers et le contrôle technique des travaux miniers en vue de *protéger la mine et son environnement contre les dommages découlant de l'activité*

¹⁴⁷⁴ Ici l'équilibrisme juridique de la Directive est illustré à travers cette phrase : « *4. Les qualifications pour l'acquisition d'un droit ou titre minier dans les États membres doivent être en conformité avec les meilleures pratiques internationales dans le domaine de l'industrie minière et doivent notamment, inclure le respect le respect de l'environnement, prendre en compte l'intérêt national de l'Etat membre, le respect des droits des communautés minières, le respect des obligations en matière d'emploi local et d'approvisionnement en biens et services* » art 5 Ibid.

¹⁴⁷⁵ Voir (Ch.) Leben, « *Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales* » : Clunet 1980 p.539-604

¹⁴⁷⁶ Voir article 7 ibid

¹⁴⁷⁷ Voir article 7 Ibid

¹⁴⁷⁸ Les activités relatives aux opérations minières- délivrance du permis en phase de recherche et délivrance du permis en phase d'exploitation ainsi que leur renouvellement et renonciation éventuelle ou de suspension- sont du ressort du ministre chargé des mines Voir les articles 17 à 22 et les articles 23 à 31 de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

*minière des exploitants*¹⁴⁷⁹. Dans le régime juridique des investissements miniers, la possession et l'utilisation d'un titre minier de recherche ou d'exploitation obéissent à des conditionnalités juridiques bien définies.¹⁴⁸⁰ Ces différentes problématiques de conformité au texte de référence se posent en Afrique de l'Ouest : En effet, dans ces pays -la plupart d'entre eux- il y a un réel problème de capacités institutionnelles pour assurer un contrôle territorial effectif, le droit minier est loin d'être effectif.

673. Parce que généralement, les pays ont un réel problème de contrôle et de maîtrise de l'espace à tous les niveaux et particulièrement celui-là terrestre. La conséquence de tout cela c'est le suivi médiocre de la cartographie réelle des potentielles ressources et investissements miniers sur le territoire national d'un/des pays membre(s).¹⁴⁸¹ Dans le cas d'espèce, le droit communautaire des mines renvoi aux modalités du droit interne de chaque État membre : « *L'occupation des terrains nécessaires à l'activité de prospection, de recherche ou d'exploitation de substances minérales et aux industries qui s'y rattachent ainsi que les relations entre les propriétaires du sol et autres occupants et les détenteurs de titres miniers s'effectuent, en l'absence de textes communautaires, selon les conditions et modalités établies par la réglementation nationale de chaque État membre.* »¹⁴⁸²

674. La Directive de la CEDEAO renvoi aussi au droit national de chaque État membre concernant les modalités pratiques d'occupation des terrains miniers.¹⁴⁸³ Par ailleurs, pour une protection globale et sécuritaire pour tous les acteurs concernés par les investissements miniers, il est prévu une indemnisation en bonne et due forme au propriétaire de terrain, de zones ou emplacement affecté par le domaine faisant l'objet des investissements.¹⁴⁸⁴ Sur le plan de l'occupation des terrains miniers, le texte communautaire a fait une innovation majeure. En effet, une exception est imposée concernant l'interdiction d'occuper une partie du territoire d'un État membre pour des opérations minières. Cela est poussé par la nécessité de

333 Voir Bandoki (S.) « *Le droit minier et pétrolier en Afrique* », Paris éd. Edilivre APARIS-2008 p.66

¹⁴⁸⁰ Le droit minier communautaire au sein de l'UEMOA le consacre expressément ce légalisme minier : « *Nul ne peut entreprendre ou conduire une activité de prospection, de recherche et d'exploitation sur le territoire de l'Union sans avoir au préalable obtenu un titre minier dans les conditions fixées par la réglementation minière en vigueur au sein de l'Union* » Voir article 5- du Règlement n°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant Code minier communautaire UEMOA

¹⁴⁸¹ Ce problème est récurrent parce que : « *La plupart des États africains ne disposent pas d'une cartographie géologique de base ou au mieux, celle-ci est inadéquate. Cette situation est un facteur de risque pour les investisseurs qui, par conséquent, exigent un régime fiscal extrêmement favorable pour toute opération qui pourrait résulter de leur exploration fondamentale. Afin de répondre au défi de cette » infrastructure de connaissance* ». Voir N-U Commission économique africaine –U.A. Conférence des ministres africains responsables pour le développement de ressources minérales Première session ordinaire 13-17 octobre 2008 Addis-Abeba(Ethiopie) « *Vision du Régime minier de l'Afrique* » 52 p. p.20

¹⁴⁸² Voir article 10 du Code Communautaire de l'UEMOA

¹⁴⁸³ « *L'occupation ou l'acquisition d'un terrain nécessaire à la mise en valeur d'une ressources minérale doit être conforme aux lois en vigueur dans l'Etat membre* » Voir article 4 de la Directive op cit. P.70

¹⁴⁸⁴ Le régime est détaillé par l'article 4 qui dispose : « *Une compensation appropriée et rapide doit être versée au propriétaire ou occupant légitime de tout terrain acquis pour la mise en valeur d'une ressource minérale. Pour le calcul de toute compensation en vue de l'acquisition de terrain pour la mise en valeur d'une ressource minérale il doit être tenu compte des pertes subies par l'utilisateur du terrain, des désagréments causés au propriétaire terrien et à l'occupant dûment évalués, des pertes et des dégâts causés aux biens immeubles et à leurs dépendances, du manque à gagner, y compris les éventuelles pertes de revenu agricole et autres pertes raisonnablement prouvées, en versant une indemnité compensatrice conformément aux meilleures pratiques internationales en vigueur dans ce domaine.* » Ibid.

respecter la sensibilité culturelle des communautés locales dont les Organisations Internationales compétentes ont fait cas par le biais du patrimoine culturel.

675. Une protection nationale et protection internationale du patrimoine culturel et naturel. Selon la Convention de l'UNESCO concernant la protection du patrimoine culturel et naturel du 16 novembre 1972 « *assurer une protection et une conservation aussi efficaces et une mise en valeur aussi active que possible du patrimoine culturel et naturel situé sur le territoire et dans les conditions appropriées de chaque pays* »¹⁴⁸⁵ La notion de risque pousse à l'interdiction d'exploitation minière dans certaines zones à risque : « *Les États membres doivent classer certaines « zones interdites » aux activités d'exploitation minière, si ces zones comportent des risques particuliers pour la réservation de la sécurité y compris dans les zones à forte sensibilité environnementale, sociale et culturelle.* »¹⁴⁸⁶ La conformité au texte de référence devait être le principe et la norme sur le plan des investissements miniers, néanmoins, l'environnement minier en Afrique de l'ouest démontre que l'impact du droit est souvent ignoré par les acteurs des opérations minières. Résultat, le modèle de protection des investissements manque d'effectivité en ce qui concerne la prise en compte des intérêts légitimes des Etats. Dans ce contexte, la protection globale des investissements extractifs constitue un objectif pour l'instant assez loin à atteindre. L'activité minière revêt un caractère fondamental dans ces pays assez pourvus en richesses naturelles, raison pour laquelle, les États participent aux opérations minières.

3) Par la participation de l'Etat aux opérations minières

676. Le secteur des ressources extractives dans les pays d'Afrique de l'Ouest a connu plusieurs évolutions.¹⁴⁸⁷ Les États n'ont généralement qu'une participation minoritaire dans ces genres d'investissement. Sur ce point, il y a un parallélisme frappant entre le secteur des mines et le secteur des hydrocarbures notamment sur la participation minimale dans le capital des sociétés chargées d'exploiter les ressources naturelles qui généralement tourne autour *de 10% qui peut monter jusqu'à 20%* ¹⁴⁸⁸ Les investissements miniers, malgré le caractère

¹⁴⁸⁵ Voir article 5 de la Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel de l'UNESCO Adoptée par la conférence générale à sa dix-septième session Paris, 16 novembre 1972 au : <https://whc.unesco.org/archive/convention-fr.pdf> consulté le 2 mars 2018

¹⁴⁸⁶ Voir article 4 Ibid.

¹⁴⁸⁷ La première génération 1960-1980 : marquée par le nationalisme minier : beaucoup de pays d'Afrique-Guinée, Nigéria et Mali ont nationalisé les ressources extractives après le départ de l'ancienne puissance coloniale ; la deuxième génération 1980-1990 tendance timide à la libéralisation et à la privatisation et reconnaissance des règles sociales et environnementales ; troisième génération : milieu des années 1990 jusqu'à 2000 : ouverture massive des codes miniers aux investissements étrangers libéralisation des Codes miniers adoptés par beaucoup d'Etat africains et enfin la quatrième génération 2000- jusqu'à présent : forte des Organisations économiques internationales-Banque mondiale Banque africaine de Développement BAD, de la société civile internationale, les ONG – volonté de conformité aux préoccupations sociales et environnementales internationales- mobilisation en faveur de la transparence –adoption de l'ITIE l'initiative pour la transparence des industries extractives. Voir Besada (H.) & Martin (P.) « Les Codes miniers en Afrique : la montée d'une « quatrième » génération ? » Rapport de recherche de l'Institut Nord-Sud (Ottawa Canada), mai 2013 pp.8-1, 31 p. au www.nsi-ins.ca consulté le 4 mars 2018

¹⁴⁸⁸ Voir Loi n°2012-015 du 27 février 2002 portant Code minier du Mali qui dispose : « *Dès l'attribution du permis d'exploitation, création d'une société de droit malien dans laquelle, l'Etat participera à hauteur de 10%* » ; voir aussi « *l'octroi d'un permis d'exploitation minière donne droit à l'Etat à une participation gratuite*

minoritaire de la participation de l'actionnariat local (Etat et firme locale), offrent la possibilité d'une grande souplesse sur la nécessité pour les États producteurs de minerais d'augmenter leur part dans le capital des sociétés d'exploitation.

677. Cela est faite de différentes manières et procédés juridiques : « 1. Une autorisation compétente d'un État membre peut par avis écrit demander à une société minière de lui octroyer une action spéciale, quel qu'en soit le nom donné par la société. Les actions spéciales constituent une catégorie spéciale d'actions et les droits qui y sont attachés sont déterminés d'un commun accord entre l'autorité compétente de l'État membre et le titulaire du droit ou titre minier. 3. Un État membre peut également participer au capital des sociétés minières opérant sur son territoire dans des conditions fixées d'un commun accord. »¹⁴⁸⁹ Le domaine si stratégique des mines laisse une large gamme d'option aux États membres producteurs concernant le rôle de l'Etat. En effet, celui peut entreprendre pour son propre compte¹⁴⁹⁰ ou agissant en partenariat avec une société nationale ou étrangère.¹⁴⁹¹ Dans un environnement juridique et contractuel tout à fait nouveau, la puissance publique n'est plus tout à la fois (recherche, production, transport et transformation etc.). Les États jouent un rôle dans les opérations minières, mais un rôle modeste. Ce rôle dépend des pays et l'importance que constituent les ressources minières : dans la législation du Sénégal, l'Etat se contente d'un minimum qui peut évoluer.¹⁴⁹²

678. Alors que celui de la République de Guinée est beaucoup plus ouvert sur les possibilités et le rôle que doivent jouer l'Etat dans le secteur :

« L'attribution faite par l'Etat d'un titre d'exploitation minière donne immédiatement droit à une participation gratuite de l'Etat, à hauteur de quinze pourcent (15%) au maximum, dans le capital de la société titulaire du titre. L'Etat a le droit d'acquérir une participation supplémentaire, en numéraire, selon des modalités définies avec chaque société minière concernée dans le cadre de la convention minière. Cette option d'acquisition peut être échelonnée dans le temps, mais ne peut être exercée qu'une seule fois. La

de dix pour cent(10%) au capital sociale de la société d'exploitation pendant toute la durée de la vie de la mine » article 31 de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal ; En République de Guinée cette « l'attribution d'un titre d'exploitation minière donne immédiatement droit à une participation gratuite, à hauteur de quinze pour cent(15%) au maximum dans le capital de la société titulaire du titre », voir article 150 de la Loi L/2011/006/CNT du 9 septembre portant Code minier de la République de Guinée

¹⁴⁸⁹ Voir article 4 de la Directive de la CEDEAO sur les mines

¹⁴⁹⁰ Le nouveau Code minier du Sénégal le permet : « L'Etat peut entreprendre pour son propre compte, soit directement, soit par l'intermédiaire de sociétés ou de personnes physiques ou morales nationales ou étrangères, agissant seules ou en association avec des tiers, toutes opérations minières. » Voir République du Sénégal article 12 de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

¹⁴⁹¹ « Sous réserve des dispositions du présent Code, l'Etat peut autoriser une société ou une personne physique ou morale nationale ou étrangère à réaliser les opérations minières par des contrats de services, notamment de partage de production » article 12 *ibid.*

¹⁴⁹² Dans la législation minière sénégalaise ce « mythique » pourcentage de 10% est mentionné : « L'octroi d'un permis d'exploitation minière donne droit à l'Etat à une participation gratuite de dix pour cent(10%) au capital social de la société d'exploitation pendant toute la durée de vie de la mine.... L'Etat peut, en sus de sa part gratuite au capital, négocier pour lui et/ou le secteur privé national, à titre onéreux, une participation supplémentaire jusqu'à hauteur de vingt-cinq pour cent (25%) au capital de la société d'exploitation, selon les modalités habituelles en vigueur en la matière » Voir article 31 de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016

*participation totale de l'Etat due au titre du présent article ne peut excéder trente-cinq pour cent (35%). »*¹⁴⁹³.

De même, le rôle minimum, mais évolutif dans la participation au capital de sociétés opératrices est consacré du point de vue contractuel.¹⁴⁹⁴ La volonté de se désengager de ce secteur des opérations minières comme (producteur) n'empêche pas les États membre de la sous-région d'avoir pour souci permanent l'intérêt général dans les stratégies de protection des investissements miniers.

B : Le souci permanent de la protection de l'intérêt général

L'intérêt général est une dimension essentielle des investissements miniers. Cela se traduit par l'importance accordée à la fiscalité minière (1). La prise en compte du facteur technologique pour plus de contenu local (2) et la reconnaissance d'un statut pour l'exploitation minière traditionnelle dans les pays membres (3).

1) Sur le plan fiscal

679. La fiscalité minière est un domaine d'une importance stratégique et majeure pour les pays d'Afrique de l'Ouest.¹⁴⁹⁵ La fiscalité minière en Afrique de l'Ouest revêt un double enjeu : c'est un instrument incitatif pour rendre le secteur attractif aux compagnies minières¹⁴⁹⁶, en même temps, compte tenu de la rareté des ressources financières, les administrations publiques utilisent le levier fiscal extractif pour réguler les rapports entre États membres et investisseurs miniers étrangers.¹⁴⁹⁷ Les nouvelles générations de Codes miniers dans les pays d'Afrique de l'Ouest s'orientent vers une augmentation de la part des redevances versées aux Etats. Certes, elles restent toujours au pourcentage de 10%, susceptible de monter jusqu'à 20%, toutefois, il y a souvent des critiques et incompréhensions quant à ce pourcentage très bas pour des ressources si stratégiques et indispensables pour l'industrialisation de ces pays.

¹⁴⁹³ Voir article 150 de la Loi L/2013/n°053 /CNT du 08 avril 2013 portant amendement de certaines dispositions de la Loi L/2011/006/CNT du 9 septembre 2011 portant Code minier de la République de Guinée www.itie-guinee.org/wp-content/uploads/2017/04/L-2013-NO53.pdf consulté le 10 juin 2018

¹⁴⁹⁴ Les contrats miniers signés par le Sénégal consacrent ce modèle : « *Le capital social de la société d'exploitation est fixé d'un commun accord entre l'Etat et la filiale désignée nommé par AGEM. Il sera constitué par des apports en numéraire et/ou des apports en nature. L'Etat a le droit, en sus des dix pour cent (10%) d'actions gratuites, de se réserver, pour lui ou le secteur privé, une participation onéreuse au capital social de la société d'exploitation au maximum égal à vingt cinq pourcent (25%).* » Voir article 19 « participation des parties » de la Convention minière pour l'or et les substances connexe, et les métaux de base à l'exception du fer entre le Gouvernement de la République du Sénégal et la Société AGEM LTD Fait à Dakar le 16 août 2004

¹⁴⁹⁵ Dans beaucoup de la sous-région, les mines constituent la ressource de revenus la plus sûre, la plus régulière : cela est dû à plusieurs facteurs : l'inexistence dans certains pays d'impôt sur les revenus, le manque de compétence en ressources humaines pour recouvrer les recettes et l'inexistence d'un cadastre fiscal

¹⁴⁹⁶ Voir article 118 « régime fiscal » de la Loi n°2012-015 du 27 février 2002 qui « *garantit la stabilité du régime fiscal et douanier à tout titulaire de permis de recherche ou d'exploitation* »

¹⁴⁹⁷ Voir Lauriol (Th.) & Raynaud (E.) « *Le droit pétrolier et minier en Afrique* », Paris éd. LGDJ éditions, 2016 p.251 op cit. 60

680. Dans le cadre des projets extractifs, la fiscalité a subi des bouleversements et une évolution : *« L'origine des revenus que les États tirent de l'exploitation des hydrocarbures et des minéraux solides se trouvant sur leur territoire a connu une profonde évolution structurelle ; à ce titre, il convient de mentionner la diminution de la part de la redevance, l'émergence de l'impôt sur les bénéfices ou encore la quasi-disparition des droits de douane qui s'explique par l'exemption fréquente accordée aux exploitants afin de les inciter à investir . Insignifiant pendant les quatre premières décennies du XXe siècle, l'impôt sur le bénéfice est devenu, au détriment de la redevance, vers le milieu des années 1960, la principale source de revenus pétroliers et miniers des États d'accueil. »*¹⁴⁹⁸ La fiscalité est une dimension essentielle de la protection d'un/ des investissement(s). Si traditionnellement, les pays en développement ont joué sur ce levier pour l'accueil et le traitement des investissements extractifs, il n'en n'est plus de même dans le contexte des nouveaux investissements miniers. En effet, les exonérations sont devenues rares et mieux certaines facilités fiscales sont conditionnées au comportement citoyen de la firme minière au plan sociale et environnementale. Avec l'innovation apportée par le droit communautaire, notamment la Directive sur l'harmonisation du régime minier, le régime fiscal prévoit que : *« 1 Les États membres adopteront des lois appropriées pour optimiser et protéger les recettes dues qui leur reviennent au titre des activités minières. 2. Les exonérations des droits de douane à l'importation en ce qui concerne les installations industrielles, les machines, les équipements et accessoires importés spécialement et exclusivement pour les opérations minières seront subordonnées au respect par le titulaire du droit ou titre minier de ses obligations sociales et environnementales et autres obligations à l'égard des communautés minières, conformément aux lois et usages en vigueur dans l'Etat membre. »*¹⁴⁹⁹

681. Souvent, les opérations minières dans la sous région ouest africaine se déroulent dans des régions très éloignées souvent manquant de tout sur le plan des infrastructures collectives, certains États membres établissent un système de partage de péréquation fiscale avec les communautés locales concernées directement par les extractions minières.¹⁵⁰⁰ L'option volontariste au plan fiscal concerne aussi les transferts de capitaux en ce qui concerne les opérations minières. Si les États membres autorisent les compagnies à détenir des devises pour leurs opérations courantes au plan interne et externe conformément aux textes bilatéraux et nationaux, il n'en est pas de même en ce qui concerne certaines pratiques qui peuvent s'assimiler à des trafics de devises, blanchiment et fuite de capitaux : *« Tout transfert de devises convertibles par un titulaire de droit ou titre minier ..S'effectue conformément au régime de change approprié des États membres. Les États membres prendront des mesures pour empêcher la fuite de capitaux ou dans le cas flagrant de l'utilisation à cette fin par un*

¹⁴⁹⁸ Voir (Th.) Lauriol & (E.) Raynaud p.253 op cit.p.60

¹⁴⁹⁹ Voir article 8 Directive minière CEDEAO op cit p. 72

¹⁵⁰⁰ La Directive Communautaire fait une invite expresse des États membres en vue d'une répartition équitable de la manne fiscale, du souci des communautés locales et l'harmonisation de leur régime fiscal : *« 5. Les États membres sont tenus de mettre en place un système qui assure une répartition plus équitable des revenus générés par l'activité minière et d'assurer la distribution effective et le transfert aux communautés locales d'une part de ces revenus miniers, tel que prévu dans les lois et usages de l'Etat membre et d'encourager le renforcement de leurs capacités. Les États membres procéderont à la révision et à l'harmonisation de leur régime fiscal, ainsi qu'à leur actualisation tous les trois ans. »* Voir article 8 Ibid.

détenteur de devises étrangères d'un compte ouvert. »¹⁵⁰¹ Le régime fiscal des opérations minières est un moyen de régulation juridique des rapports entre les États membres et les Compagnies qui investissent dans ce secteur. Cette problématique n'est qu'une parmi tant d'autres, notamment la vieille revendication héritée du tiers mondisme qu'est le transfert de technologie et la transformation sur place des ressources.

2) Le contenu local à travers le transfert de technologie

682. Quand on parle d'opérations minières dans les pays en développement et particulièrement l'Afrique de l'Ouest, il est rarement question d'industrie industrialisant, mais toujours de l'extraction. Malgré les conventions internationales pertinentes prônant le transfert des technologies sous l'égide des Nations-Unies,¹⁵⁰² Le concept n'a jamais été opérationnel en Afrique de l'Ouest contrairement, dans d'autres parties du monde notamment, en Asie où la technologie et le savoir des pays historiquement industrialisés ont été assimilés et utilisés avec succès et pragmatisme absolu.¹⁵⁰³ Étant très riches en ressources minières, les pays d'Afrique de l'Ouest ne se contentent plus d'exportations brutes de produits extraits. La volonté de contenu local est consacrée expressément dans les nouveaux instruments miniers.¹⁵⁰⁴ L'Acte communautaire fait de l'appropriation technologique un objectif à moyen et long terme dans

¹⁵⁰¹ Voir article 9 Ibid

¹⁵⁰² Dans le cadre des Résolutions progressistes négociées dans le cadre des N-U l'article 13 prévoit que : « 1. Chaque État a le droit d'avoir part aux avantages du progrès et des innovations de la science et de la technique pour accélérer son développement économique et social. 2. Tous les États devraient promouvoir la coopération scientifique et technique internationale et le transfert des techniques, en tenant dûment compte de tous les intérêts légitimes, y compris notamment les droits et les devoirs des détenteurs, des fournisseurs et des bénéficiaires des techniques. En particulier, tous les États devraient faciliter l'accès des pays en voie de développement aux réalisations de la science et de la technique modernes, le transfert des techniques et la création de techniques autochtones dans l'intérêt des pays en voie de développement, sous des formes et conformément à des procédures qui soient adaptées à leur économie et à leurs besoins. 3. Par conséquent, les pays développés devraient coopérer avec les pays en voie de développement à établir, renforcer et développer leurs infrastructures scientifiques et technologiques et leurs activités en matière de recherche scientifique et technologie, de façon à favoriser l'expansion et la transformation de l'économie des pays en voie de développement. 4. Tous les États devraient coopérer à des travaux de recherche en vue d'élaborer d'autres principes directeurs ou règlements acceptés au niveau international pour le transfert des techniques, en tenant dûment compte des intérêts des pays en voie de développement. » Voir N-U Résolution 3281(XXIX), article 13 de la Charte des droits et devoirs économiques des États Adoptées le 14 décembre 1974 par 118 voix contre 6 et 10 abstentions in A. Pellet « Les Nations-Unies Textes fondamentaux » éd. PUF, 1995 p.80

¹⁵⁰³ Voir Baptista Olavo L. Barthez-Durant P. « Les joint ventures dans le commerce international », Paris éd. Bruylant, 2012 p.268

¹⁵⁰⁴ Voir « Vision du Régime minier de l'Afrique » UA- CEA Conférence des ministres africains responsables pour le développement de ressources minérales première session ordinaire 13-17 octobre 2008 Addis-Abeba(Ethiopie) 50p. p.27

les opérations minières. Cela passe par le transfert de technologie¹⁵⁰⁵ par la préférence nationale pour l'emploi et la formation des ressources humaines.¹⁵⁰⁶

683. Dans la même logique, la volonté de promouvoir les entreprises locales dans les chaînes minières dans les États membre de la Communauté est manifeste et réelle : « 5. Dans le cadre de la réalisation des opérations minières, d'achat, de construction et d'installation des infrastructures, le titulaire de droit ou titre minier doit adopter une politique de passation de marchés accordant la préférence :

- (a) Aux matériaux et aux produits d'un État membre ;
- (b) Aux agences de prestations de services installées dans un État membre et appartenant à un citoyen(entreprise ou autre) dudit État membre et/ou aux entreprises publiques en se conformant dans toute la mesure du possible aux normes de sécurité, d'efficacité et de rentabilité en vigueur. »¹⁵⁰⁷ La volonté communautaire d'employer le personnel local et d'assurer la formation des cadres guinéens.¹⁵⁰⁸ Sur ce point, toujours, un pays comme la Guinée très riche en ressources minières fait de l'appropriation technologique et scientifique des opérations minières une priorité : « Tous les titulaires de titres miniers ou d'autorisation ainsi que les entreprises travaillant pour leur compte sont tenus d'établir et de soumettre à l'approbation de l'Office nationale de la formation et du perfectionnement professionnel(ONFPP) ou tout service en tenant lieu, un programme de formation et de perfectionnement qui favorise le plus possible le transfert de technologie et de compétence au bénéfice des entreprises et du personnel guinéen et un programme de guinéisation. Le plan de formation et de perfectionnement devra notamment comporter : l'accueil des diplômés des écoles professionnelles et des universités pour les stages de mise en situation professionnelles pour une durée de six (6) mois et de découverte de l'entreprise pour les élèves et étudiants en formation initiale pour une durée de deux(2) mois, la participation d'employés guinéens à des cours et/ou à des stages organisés en République de Guinée ou à l'étranger. »¹⁵⁰⁹

684. Le contenu local recherché traduit un vieux rêve d'industrialisation et de transformation sur place des matières par le biais d'un partenariat avec les Firmes minières des pays avancés technologiquement. Toutefois, malgré la consécration textuelle d'un tel

¹⁵⁰⁵ « 1. Dans le cadre d'une politique de localisation, un titulaire de droit ou titre minier exerçant sur le territoire d'un État membre, soumet aux autorités compétentes un programme détaillé, agréé par celle-ci pour le recrutement, le transfert de technologie et la formation du personnel local, auquel il doit se conformer. » article 11 Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier de la CEDEAO Soixante deuxième session ordinaire du conseil des ministres Abuja, 26-27 mai 2009

¹⁵⁰⁶ « 4. Un titulaire de droit ou titre minier accorde dans toutes les phases de ses opérations, une préférence à l'emploi des citoyens des États membres, en particulier ceux des communautés les plus affectées en répondant dans toute la mesure du possible aux exigences de sécurité, d'efficacité et de rentabilité. » Ibid

¹⁵⁰⁷ Voir article 11 al 5 Ibid.

¹⁵⁰⁸ « Un plan de formation des cadres guinéens pour leur permettre d'acquérir les compétences exigées par le management de l'entreprise afin d'occuper des postes d'encadrement dans les cinq(5) premières années à compter de la date du démarrage de la production commerciale » Voir 108 de la Loi L/2013/N° 053/CNT du 08 avril 2013 portant amendement de certaines dispositions de la loi L/2011/006/CNT du 9 septembre 2011 portant Code minier de la République de Guinée

¹⁵⁰⁹ Voir article 109 Ibid

souhait, jusqu'ici le bilan de cette option volontariste est très mitigé. Les instruments miniers africains nouveaux (communautaires et nationaux) ont satisfait cette veille doléance qui consiste à octroyer un statut légal aux exploitants miniers traditionnels.

3) La reconnaissance d'un statut pour les exploitants miniers traditionnels

685. C'est l'une des grandes initiatives des instruments miniers de l'Afrique de l'Ouest. En effet, les nouveaux instruments miniers de la sous-région ont beaucoup innové en ce qui concerne : l'augmentation des redevances minières, la participation du secteur privé national, la nécessité de prise en compte des préoccupations relatives au développement durable (environnement, santé publique et la prise en compte des communautés locales des zones locales d'exploitation minière), attirer et sécuriser les investissements miniers étrangers et préserver les bases de revenus des États membres. Mais la nouveauté majeure consacrée dans les textes nationaux et Communautaires, c'est la reconnaissance d'un statut en bonne et due forme aux exploitants miniers traditionnels dans les pays d'Afrique.¹⁵¹⁰ L'exploitation minière traditionnelle désigne toute exploitation minière dont les activités consistent à extraire et concentrer des substances minérales et à récupérer les produits en utilisant des méthodes et procédés manuels et traditionnels¹⁵¹¹. Elle est une veille pratique en Afrique Subsaharienne qui remonte au *passé précoloniale*¹⁵¹², a désormais droit de cité dans les opérations minières dans les pays de la CEDEAO.

686. Le Texte communautaire l'a consacré : « *Les États membres prennent des mesures pour adopter des lois appropriées visant à octroyer aux citoyens des droits d'exploitation artisanale et de petite mine sûre, efficiente et durable du point de vue environnementale* »¹⁵¹³. Sa signification dans l'instrument Communautaire démontre clairement une volonté inclusive de légalisation, mais surtout de légitimation de pratiques qui ont largement dominé l'extraction minière en Afrique de l'Ouest. Par conséquent, l'exploitation minière à petite échelle ou Petite mine désigne : « *les opérations minières sur une surface répondant à des critères de taille, de production, de zone, d'investissement en capital, de délimitation de la profondeur des opérations, d'équipement autorisé et/ou de participation locale déterminés par la législation dans les États membres.* »¹⁵¹⁴ La volonté de reconnaissance officielle, traduit, outre l'intégration des miniers traditionnels dans les opérations légales, une volonté d'apaiser et de rationaliser le secteur extractif difficile à maîtriser.

687. En guise de conformité des normes, principes et règles dégagées dans le cadre communautaire, les instruments juridiques nationaux prennent en compte et consacrent expressément l'exploitation artisanale. Cette dernière, dans le cadre du Code Ivoirien obéit à des conditionnalités juridiques liées à la nationalité bien déterminées et les autorités qui

¹⁵¹⁰ Tous les instruments relatifs aux mines reconnaissent désormais un statut légal aux miniers traditionnels Voir Code minier du Sénégal Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 : article 54-59 textes précités

¹⁵¹¹ Voir article 1^{er} IBID

¹⁵¹² Voir Rubbers (B.) « Les sociétés africaines face aux investissements miniers » pp.5-25 in « *Micropolitiques du boom minier* », Paris éd. Karthala, 2013 p.12

¹⁵¹³ Voir article 11 de la Directive Communautaire sur les mines op cit.

¹⁵¹⁴ Voir article 1^{er} « définitions » de la Directive Communautaire sur les Mines

interviennent pour son attribution : « *L'autorisation d'exploitation minière artisanale est accordée par arrêté du ministre chargé des mines sous réserve des droits antérieurs, après consultation des autorités administratives compétentes et des communes urbaines ou communautés rurales concernées, aux ; -personnes physiques de nationalité ivoirienne ; - Sociétés coopératives à participation ivoirienne majoritaire.* »¹⁵¹⁵ Les autres instruments nationaux relatifs aux opérations minières l'évoquent aussi

C : Le renforcement des règles dans le sens favorable aux États

Il est illustré par la consécration de la protection de l'investissement à travers les principes relatifs à la bonne gouvernance et de transparence minière (1) ; mais aussi les obligations en ce qui concerne le respect des droits de l'homme (2).

1) Le principe de transparence minière

Les investissements miniers en Afrique constituent un défi pour la bonne gouvernance et la transparence minières. Le texte communautaire relative aux mines innove à travers : l'obligation de conservation des archives minières (a) ; il y a la prévision de sanctions prévues en cas de fausses informations de l'investisseur (b) et un aspect très important qu'est l'instauration d'investigations et audits miniers (c).

a- L'obligation de conservation des archives minières

688. La réglementation communautaire vient innover et consacrer un aspect important de la politique minière nationale : la nécessité de prévoir et d'avoir une bonne stratégie des archives minières. Cela n'a pas toujours été le cas, du fait de plusieurs facteurs : mauvaise conservation des archives minières et autres pour des raisons climatiques et les négligences sur le plan administratif et surtout certaines pratiques qui ne laissent pas d'ambiguïté sur la volonté de certains acteurs internes (politiques et administratifs), mais aussi externes- certains investisseurs parfois peu scrupuleux- de faire disparaître certaines archives gênantes. De même que tout détenteur minier est tenu de tenir une comptabilité.¹⁵¹⁶ Le titulaire du titre minier est invité à une adresse dans un pays de l'espace communautaire et de permettre un régulier de toutes ses activités. Une volonté réelle de protection des investissements par conséquent les ressources extractives ne va pas sans volonté d'exiger des obligations claires en matière d'archivage des pratiques, activités et contrats : « *1.Un titulaire de droit ou titre minier conserve à une adresse dans l'Etat membre concerné, avec*

¹⁵¹⁵ Voir article 65 de la Loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier de la République de Côte d'Ivoire www.fideca.com/images/documents/Code_Minier.pdf D'autres conditionnalités sont attachées à la délivrance d'une autorisation artisanale d'exploitation minière « *durée de 2 ans* » art.67, l'interdiction « *d'utilisation de substances explosives et des produits chimiques dans les exploitations artisanales* » art.68

¹⁵¹⁶ Cette obligation est mentionnée par le texte de l'UEMOA relatif aux mines : « *Les titulaires de titres miniers doivent tenir une comptabilité régulière suivant le référentiel comptable en vigueur au sein de l'UEMOA dénommé Système Comptable Ouest Africain (SYSCOA).* » Voir article 19 du Règlement n°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant Code minier communautaire

*notification à l'autorité compétente de l'Etat, les documents et registres prescrits par la loi relatives aux activités minière. 2. Un titulaire de droit est tenu de permettre à un agent habilité de l'Etat membre et ceci dans un délai raisonnable de contrôler les documents et registres et d'en garder copies. »*¹⁵¹⁷

689. L'Afrique de l'Ouest a une particularité concernant les ressources naturelles juridique et institutionnelle : En effet, c'est une zone où les capacités d'exécuter « management contract) un contrat d'investissement de la part des administrations publiques nationales des pays membres est faible. S'y ajoute beaucoup de failles et absence notoire et manifeste du système administratif et judiciaire de contrôle des opérations minières. C'est la raison pour laquelle, les opérations minières sont soumises à un contrôle régulier et drastique de la part des États membres : « *Un titulaire de droit ou titre minier est tenu de fournir aux autorités compétentes d'un État membre annuellement ou, s'il est requis, périodiquement, des rapports sur ses opérations minières.* »¹⁵¹⁸ Le contexte juridico-institutionnel de la mise en place du cadre communautaire justifie entièrement cet accent mis sur les archives minières. Compte tenu des pratiques minières passées dans la région, qui ont causé pas mal d'instabilités sociopolitiques, il est prévu dans le cadre communautaire de texte plus volontariste dans la quête de transparence et surtout la bonne information sur les opérations et pratiques minières à l'échelle de chaque État membre.

b- Les sanctions prévues en cas de fausses informations de l'investisseur

690. Les États membres de la CEDEAO s'efforcent d'inscrire les investissements, les opérations minières dans une volonté résolue de transparence et la fourniture de la bonne information aux décideurs politiques et aux citoyens communautaires. Par conséquent, l'accès à l'information qui est un droit constitutionnel doit être facilité par les États membres.¹⁵¹⁹ La volonté d'information transparente recouvre la notion de bonne gouvernance minière incluse dans le *protocole additionnel de la CEDEAO sur la démocratie et la gouvernance*.¹⁵²⁰ Cette volonté d'inscrire l'information au cœur des opérations minières obéit à une volonté d'informer les citoyens sur les véritables enjeux miniers, mais aussi de les préserver de la dégradation sanitaire, environnementale et sécuritaire, ce qui réfute la notion de confidentialité.¹⁵²¹ La volonté communautaire de conformité avec les meilleures pratiques

¹⁵¹⁷ Voir article 12 de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier Fait à Abuja(Nigéria) le 27 mai 2009

¹⁵¹⁸ Voir article 12 de la Directive minière op cit p. 78

¹⁵¹⁹ « Les États membres de la CEDEAO qui ne disposent pas de loi sur la libre circulation des informations sont encouragés à en adopter pour promouvoir l'accès du public et des médias aux informations relatives à l'exploitation minière » Voir article 13 ibid.

¹⁵²⁰ Il y décrit comme suit : « Les États membres prennent des mesures pour que les principes de bonne gouvernance tels qu'indiqués dans le Protocole additionnel de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance soient pleinement appliqués et pour combattre le trafic illicite portant sur les ressources et les activités minières » Ibid

¹⁵²¹ « Nonobstant toutes dispositions contraires contenues dans le présent article, les registres, documents et informations fournis ou obtenus sur les activités minières sont diffusés si une autorité compétente d'un Etat, estime que cette diffusion est d'intérêt public. Aucune donnée n'est considérée comme confidentielle si elle est

internationales en matière de transparence des opérations minières trouve échos dans ces instruments juridiques miniers internes.¹⁵²² La nouveauté dans ces instruments, c'est l'instauration d'infractions et régime de responsabilité pénale notamment sur les activités minières illicites de la part d'opérateurs miniers étrangers et locaux.

691. Le cas du Sénégal est emblématique de cette prise de conscience de la livraison d'informations inexactes : « *Est punie d'un emprisonnement d'un(1) mois à trois(3) ans et d'une amende de cinquante mille (50.000) à vingt-cinq millions(25.000.000) de francs CFA, ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne qui livre volontairement des informations inexactes en vue d'obtenir un titre minier ou une autorisation ou émet de fausses déclarations en vue de minorer la valeur taxable des produits extraits. Ces peines s'appliquent également à toute personne coupable de complicité de ces infractions.* »¹⁵²³ La volonté de faire face aux fausses informations de la part d'opérateurs miniers qui nuisent à la transparence minière et contribuent à la fraude est prévue et sévèrement sanctionnée par la Loi minière d'un pays fort riche en ressources minières, il s'agit de la Guinée où les faits de falsifications sont visés : « *Sera puni d'un emprisonnement de deux mois à trois ans et d'une amende de quinze millions(15.000.000) GNF à vingt-cinq millions(25.000.000) GNF ou de l'une de ces deux permis seulement, quiconque aura -falsifié une inscription sur un titre minier ou sur une autorisation ; -fait une fausse déclaration en vue d'obtenir frauduleusement un titre minier ou une autorisation ; - détruit, déplacé ou modifié d'une façon illicite une borne de délimitation de périmètre de titre minier ou d'autorisation.* »¹⁵²⁴ La dimension informationnelle dans le régime juridique des opérations minières est certes important, surtout dans un contexte particulier comme celui de l'Afrique de l'Ouest.

692. Toutefois, l'amont réglementaire est freiné, d'une certaine manière, par les difficultés notables de l'aval réglementaire d'une part et l'absence à disposition d'un savoir faire en matière de cadastre et de cartographie minière permettant d'avoir la bonne information à temps pour la surveillance de l'ensemble des opérations minières à l'échelle de chaque État membre. Ceci limite en effet, l'opérationnalisation des sanctions. Puisqu'en réalité les États de par leur incapacité notoire en matière de surveillance : cadastre minier¹⁵²⁵ faible voire inexistante dans certains pays, capacités scientifiques à la cartographie minière du pays

relative à la dégradation ou à la supposée dégradation de la santé humaine, de l'environnement ou à la sécurité des travailleurs » Voir article 13 al.6 & 7 ibid.

¹⁵²² Le Code minier du Sénégal au titre des Déclarations de revenus miniers dispose : « *Tout titulaire de titre minier a l'obligation de déclarer tous les revenus miniers dus à l'Etat et perçus par l'Etat, y compris les réalisations économiques et sociales effectuées* » Voir République du Sénégal article 96 de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

¹⁵²³ Voir article 136 du Code minier du Sénégal op cit. p. 79

¹⁵²⁴ Voir République de Guinée article 206 de la Loi L/2013/n°53 /CNT du 08 avril 2013 portant amendement de certaines dispositions de la loi L/2011/006/CNT du 9 septembre 2011 portant Code minier

¹⁵²⁵ Toute politique de ressources extractives exige de la part d'un État la mise en place d'un système de cadastre moderne, fonctionnel et actualisé. Le concept est défini par le Code minier ivoirien en ces termes comme : « *la base de données géologiques et minières connectée à un système d'information géographique qui permet à l'administration des mines de produire et de mettre à jour la représentation cartographique des autorisations et des titres miniers, en intégrant notamment les informations sur leurs situations, leur nature, leurs titulaires ainsi que leurs durée de validité ;* » Voir article 1 « Définitions » de la Loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier de la Côte d'Ivoire

inexistante ou très sommaire et inventaire géologique inexistante. La protection des opérations minières par la transparence ne va pas sans la nécessité d'instaurer des investigations et des audits miniers des investissements.

c- L'instauration d'investigations et audits miniers

693. Le secteur extractif est par excellence un domaine où se pratique les pires violations environnementales qui se résument en des déversements de cyanure, produit qui accompagne l'exploitation minière, et de produits prohibés ou dangereux dans l'eau. Ainsi, dans le contexte communautaire, national et surtout au plan international- marqué par la nécessité urgente de lutter contre le réchauffement climatique-¹⁵²⁶, la préservation de l'environnement, à travers les investissements responsables et conformes aux bonnes pratiques internationale en la matière, est devenue une donnée essentielle des opérations et pratiques minières. Cela passe par la mise en : *« place des cadres juridiques et réglementaires, des politiques et des pratiques solides et efficaces pour le secteur minier, qui apportent des bienfaits économiques et sociaux et comportent des garanties concrètes visant à réduire les incidences négatives sur la société et l'environnement et à préserver la biodiversité et les écosystèmes, après la fermeture des mines »*¹⁵²⁷ Traditionnellement, très timides voire réservés sur la prise en compte du facteur environnemental en matière de protection et de promotion de l'investissement direct étranger dans le domaine extractif, les pays d'Afrique de l'Ouest sont désormais résolus à prévoir et sanctionner tout manquement relatif à l'environnement dans les opérations minières.

694. Invite est faite aux États membres de veiller scrupuleusement dans les opérations minières au respect de l'environnement à travers des exigences nouvelles et très pratiques à cet effet : *« 5. Des audits périodiques de l'environnement seront menés pour s'assurer de la performance environnementale des opérations minières et de l'efficacité des organismes chargés de la réglementation des mines. 6 Les États membres veillent à ce que les détenteurs de droits ou titres miniers prennent les mesures pour empêcher et gérer le déversement de cyanure, de mercure et autres substances similaires, de substances nocives à la santé humaine et à l'environnement, ainsi que les autres risques liés aux activités minières. »*¹⁵²⁸ La volonté communautaire du respect et de la performance environnementales sont reprises et prises en compte par les lois nationales relatives aux opérations minières. Il est procédé à un

¹⁵²⁶ Le 25 de la Déclaration de Rio + 20 de 2012 stipule devant la gravité de la menace sur l'environnement : *« Nous reconnaissons que les changements climatiques sont à l'origine d'une crise transversale et persistante et nous redoutons que l'ampleur et la gravité de ses conséquences touchent tous les pays, viennent entamer leur aptitude, en particulier des pays en développement , à réaliser le développement durable et à atteindre les objectifs millénaires du Millénaire pour le développement, et viennent menacer la viabilité et la survie des Nations. Nous insistons par conséquent, sur le fait que la lutte contre les changements climatiques exige de prendre d'urgence des mesures ambitieuses, conformément aux principes et dispositions de la Convention-cadre des Nations-Unies. »* Voir Principe 25 de la Déclaration finale de Rio + 20 de 2012 *« L'Avenir que nous voulons »* in « Relations internationales Grands textes politiques et juridiques » Sd de (L.) le Hardy de Beaulieu éd. Anthemis s.a. 2017 p. 510

¹⁵²⁷ Voir N-U « Déclaration de Rio+20 de 2012 « L'Avenir que nous voulons » aspects relatifs aux « Industries extractives » 228. In Relations internationales Grands textes politiques et juridiques Sd de L.le Hardy de Beaulieu 3^e édition, 2017 p.536

¹⁵²⁸ Voir article 6 al 5 & 6 de la Directive de la CEDEAO portant sur le régime minier. *« Les États membres doivent mettre en place un fonds pour la réhabilitation environnementale. »* al.7 op cit. p. 78

examen minutieux des opérations minières pour s'assurer de la conformité et la mise en œuvre d'une étude d'impact environnemental : « *La demande du permis d'exploitation industrielle ou semi- industrielle doit être accompagnée d'un dossier dont le détail figure dans la réglementation minière et comprenant impérativement, entre autres, chacun des éléments suivants : Une étude de faisabilité intégrant un plan de développement et d'exploitation du gisement comprenant, entre autres : une étude d'impact environnemental et social détaillée, assortie d'un plan de gestion environnementale et sociale, comprenant un plan de dangers, un plan de gestion des risques, un plan hygiène santé et sécurité, un plan de réhabilitation, un plan de réinstallation des populations affectées par le projet et les mesures d'atténuation des impacts négatifs et d'optimisation des impacts négatifs.* »¹⁵²⁹ L'environnement juridique minier national à la suite des réglementations communautaires, connaît des bouleversements consécutifs à la prise en charge d'enjeux nouveaux et de la volonté des États producteurs de regarder de près les pratiques minières de leurs partenaires. Cette prise de conscience se traduit par la consécration d'obligations relatives au respect des droits de l'homme dans le cadre des opérations minières.

2) Les obligations relatives au droit de l'homme

La grande nouveauté des cadres juridiques communautaires et nationaux a été l'innovation en matière de la garantie du respect des droits de l'homme en conformité avec le droit international (a). La préservation des droits des communautés locales en matière d'investissement minier (b) Mais il y a un aspect important qu'est la réalisation des droits économiques et sociaux (c).

a- La garantie du respect des droits de l'homme en conformité avec le droit international

695. La nécessité du respect des droits de l'homme dans les opérations minières en Afrique de l'Ouest est consacrée par les *textes* pertinents.¹⁵³⁰ Traditionnellement, les relations entre l'entreprise et le respect des droits de l'homme ont été ambiguës. Certains investisseurs étrangers dans le domaine extractif –pour des raisons liées à la rentabilité- ont toujours consciemment ou non l'aspect relatif au respect des droits humains fondamentaux dans le cadre de leurs activités dans les pays d'accueil des investissements. Toutefois, cette vision relativiste en matière de droits humains change à la faveur d'une prise de conscience

¹⁵²⁹ Voir article 30 de la Loi L/2013/n°53 /CNT du 08 avril 2013 portant amendement de certaines dispositions de la Loi L/2011/006/CNT du 9 septembre 2011 portant Code minier de la République de Guinée.

¹⁵³⁰ Quand on parle d'ambiguïté, nous évoquons les droits de l'homme de façon large et globale. Ce qui englobe les Normes internationales du droit du travail de l'OIT, le droit à un environnement sain et protégé, le respect du patrimoine culturel de l'Etat d'accueil et des Communautés locales dans les investissements miniers et énergétiques. Certaines investisseurs étrangers-pour des raisons de rentabilité- ont consciemment ou non négligés l'aspect relatif au respect des droits humains fondamentaux dans le cadre de leurs activités. Voir Nations-Unies « *Pacte international du 16 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* » Adopté par l'AGNU dans sa Résolution 2200 A(XXI) du 16 décembre 1966 ; UE : Protocole du 9 novembre 1995 additionnel à « *la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives* » ;

interne¹⁵³¹ au niveau des grandes entreprises qui investissent et implantent des activités extractives dans les pays du Sud et particulièrement l'Afrique de l'Ouest,¹⁵³² mais aussi, il y a un facteur de prise de conscience externe au niveau international à travers les résolutions pertinentes des structures des Nations-Unies mettant l'accent sur la nécessité absolue des investisseurs de respecter les droits de l'homme conçus comme une responsabilité leur incombant.¹⁵³³

696. Par conséquent, dans les opérations minières en Afrique, les entreprises sont invitées à se conformer et à conformer leurs pratiques au respect du droit international relatif aux droits de l'homme. Les entreprises sont ainsi invitées à faire preuve de *diligence raisonnable en matière de droits de l'homme*.¹⁵³⁴ La prise de conscience internationale sur les nouvelles pratiques en matière de respect des droits de l'homme trouve échos au niveau continental particulièrement en Afrique de l'Ouest où les États ont l'obligation de faire respecter absolument les opérations minières menées sur leur territoire par des investisseurs : « 1. Les États membres, les titulaires de droits ou titres miniers et autres entités commerciales impliqués dans l'exploitation minière ont l'impérieux devoir de garantir le respect et de promouvoir les droits de l'homme reconnus sur le plan international y compris les droits des femmes, des enfants et des travailleurs en matière d'activités minières. Les États membres et les titulaires de droit et titre miniers garantissent les droits des communautés locales.

¹⁵³¹ Certaines grandes entreprises mettent sur pied des « Codes de conduite » pour humaniser leurs opérations et respect ainsi les droits humains ayant des incidences sur leurs pratiques. Dans ce cadre il y a dans le domaine énergétique « La human Right Task Force de l'IPIECA qui est une association de l'industrie pétrolière sur les sujets –environnementaux, créée dans les années 1970, qui comprend notamment un groupe de travail sur les questions de responsabilité sociale des entreprises, le Social Responsibility Working Group. Cette association a pour objectif de réunir des experts sur ces sujets afin d'échanger sur les bonnes pratiques et les difficultés rencontrées, et de publier les lignes directrices. Des compagnies pétrolières privées telles que Total, Shell, BP, Chevron et autres font partie de cette association, ainsi que les compagnies nationales, dont Petronas, Petrobras, etc. » Voir Julie Valat Responsable du service éthique et droits de l'homme du Groupe Total « Les Apports de la responsabilité sociétale des entreprises(RSE), point de vue des entreprises » pp.477-482 in SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes-Saint-Denis « L'entreprise multinationale et le droit international » . Sd de (L.) Dubin, (P.) Bodeau-Livinec, (J.)-Louis Iten & (V.) Tomkiewicz, éd. A. Pedone-Paris- 2017 p.479

¹⁵³² De façon globale et dans leur aspect intégrale, les obligations relatives aux droits de l'homme concernent les droits civils reconnus au plan international y compris les droits de femmes, des enfants et des travailleurs en matière d'activités minières. Réalisation progressive des droits économiques, sociaux et culturels relatifs aux activités minières et pour renforcer le pouvoir des femmes. Voir article 15 « Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des Principes Directeurs et des politiques dans le secteur minier » Soixante deuxième Session ordinaire du Conseil des ministres Abuja, 26-27 mai 2009

¹⁵³³ La Responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme pose des principes fondamentaux sur les entreprises et le respect des droits de l'homme : « 11. Les entreprises devraient respecter les droits de l'homme. Cela signifie qu'elles devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part. 12. La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme porte sur les droits de l'homme internationalement reconnus- à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail » Voir Nations-Unies : « Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » Doc. ONU, A/HRC/17/31, 21 mars 2011,

¹⁵³⁴ Principes opérationnels 17 Des principes directeurs relatifs aux droits de l'homme p.55 ouvrage H. Ghérari

*Lorsqu'il n'existe aucune disposition relative aux droits de l'homme susvisés, les États membres adopteront une loi appropriée. »*¹⁵³⁵

697. Les droits de l'homme et leur respect sont devenus à la fois un enjeu et une composante essentielle des opérations minières dans chaque État membre. C'est le cas d'un pays comme le Sénégal où la conditionnalité liée au respect et à la protection des droits humains dans les opérations minières est condition sine qua non pour continuer à opérer avec le titre minier délivré : *« Tout titulaire de titre minier a l'obligation de respecter et de protéger les droits humains dans les zones affectées par les opérations minières, conformément à la législation nationale et aux conventions internationales. Sous peine de retrait du titre minier, le travail des enfants est interdit dans toutes les activités régies par présent Code. »*¹⁵³⁶ Les pays d'Afrique de l'Ouest réputés fragiles au plan de l'unité politique s'engagent à prendre en compte les communautés locales sur les retombées de l'exploitation minière.

b- La préservation des droits des communautés locales

698. Le modèle de l'Etat unitaire jacobin centralisé qui est caractérisé par une simplicité organisationnelle au plan institutionnel et une uniformisation juridique. Dans le contexte de l'Afrique de l'Ouest, tous les pays sont des États unitaires à l'exemple français à l'exception du Nigéria.¹⁵³⁷ Le modèle d'Etat unitaire concentre en lui beaucoup de prérogatives (réglementaires, économiques et commerciales) beaucoup plus importantes au détriment des entités infra-étatiques. Cette conception du partage des rôles a des incidences sur les opérations minières notamment le partage des richesses sur le plan financier entre l'Etat central et les communautés locales. L'accent mis sur les Communautés locales en matière d'investissements miniers est une alerte pour éviter les pratiques passées de certaines entreprises parfois très nuisibles aux droits de l'homme dans la sous région notamment au Nigéria.¹⁵³⁸ Les États membres n'entendent plus faire des communautés locales les laisser pour compte des politiques minières. Ainsi, la Directive communautaire, prenant compte de la

¹⁵³⁵ Voir article 15 Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier Fait à Abuja, le 27 mai 2009 ; Dans le cadre communautaire l'Acte additionnel dispose à propos des droits de l'homme : *« 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. »* Voir article 21 al.2 de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO Fait à Abuja le 19 décembre 2008

¹⁵³⁶ Voir article 94 de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal De même, le Code Ivoirien souligne cet impératif humain dans les opérations minières : *« Les titulaires de titres miniers où les bénéficiaires d'autorisation d'exploitation minière et les autres entités commerciales impliquées dans l'exploitation minière ont l'obligation de respecter, de protéger et de promouvoir les droits humains. »* Voir article 122 de la Loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier de la République de Cote d'Ivoire

¹⁵³⁷ Ce pays le plus peuplé d'Afrique avec 176 millions d'habitants, il est la première économie africaine PIB de 461 milliards de dollars 2018. Il est une Fédération de 36 États avec le district fédéral à Abuja.

¹⁵³⁸ Avec l'arrestation, l'inculpation et finalement la pendaison de militants de l'Organisation du mouvement pour la survie du peuple Ogoni MOSOP » dans le Delta du Niger notamment son chef Ken Saro Wiwa Voir : Rapport Amnesty International sur l'exploitation pétrolière dans le Delta du Niger(Nigéria) « la vraie tragédie Retards et incapacités à stopper les fuites de pétrole dans le Delta du Niger Exigeons la dignité » Novembre 2011, au <https://www.amnesty.org/download/Documents/24000/afr440182011fr.pdf> consulté le 15 mars 2018

tradition timidité des États membres dans les anciens instruments miniers nationaux, souligne : « *Les titulaires de droits et titres miniers opérant dans des États membres conduisent leurs activités minières de façon à respecter le droit des populations à participer et contribuer au développement et à leur permettre de jouir du développement économique, social, culturel et politique durable.* »¹⁵³⁹

699. Ces communautés- désormais- au cœur des préoccupations des réglementations minières au plan communautaire et nationales, se voient reconnaître d'importants droits en ce qui concerne leur environnement, la préservation du bien commun local. Ce faisant une véritable stratégie en direction de ces communautés est mise en place. Elle englobe plusieurs obligations des investisseurs miniers envers ces localités : « *2. Les titulaires de droit et titre miniers intervenant dans des États membres sont astreints au respect des droits des communautés locales. En particulier ils sont tenus de respecter les droits des populations et des communautés locales de posséder, d'occuper, de développer, de contrôler, de protéger et d'utiliser leurs terres, les autres ressources naturelles et leurs droits de propriété culturelle et intellectuelle. 3. Les Sociétés minières doivent obtenir le consentement libre, préalable et éclairé des communautés locales avant le démarrage de l'exploration et avant le début de chaque phase successive de l'exploitation minière ainsi que des opérations après-mine. 4. Tout au long du cycle de l'exploitation minière, les titulaires de droit et titres miniers sont tenus de continuer des consultations et des négociations permanentes sur les importantes décisions affectant les communautés locales.* »¹⁵⁴⁰ A travers la prise en compte du facteur « local » les investissements miniers ne sont plus uniquement considérés comme des sources budgétaires pour les trésors publics nationaux. Elles obéissent maintenant à une véritable stratégie de prise en compte du « Développement local ». ¹⁵⁴¹ Le facteur « local » dans les opérations minières en Afrique marque une rupture des nouveaux textes dans la mesure où il y a une volonté affirmée de mettre ces communautés dans les États membres au cœur des investissements miniers. La conception prenant en compte les droits à l'échelle nationale se rencontre au niveau international à travers l'obligation de réalisation des droits économiques et sociaux.

700. La préservation des intérêts des communautés locales demeure insuffisante et la plupart du temps non opérationnelles. En effet, l'aspect judiciaire demeure inefficace du fait de

¹⁵³⁹ Voir article 16 Directive CEDEAO Ibid

¹⁵⁴⁰ Voir article 16 de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier. Soixante deuxième session ordinaire du Conseil des ministres Fat à Abuja(Nigéria) le 27 mai 2009

¹⁵⁴¹ L'instrument juridique minier ivoirien a été le plus explicite concernant cette stratégie de développement au niveau de la base dans les opérations minières : « *Le titulaire du permis d'exploitation est tenu d'élaborer un plan de développement communautaire en concertation avec les communautés riveraines et les autorités administratives territoriales et locales, avec des objectifs précis et un plan d'investissements. Le titulaire du permis d'exploitation est tenu de constituer un fonds alimenté annuellement. Ce fond est destiné à réaliser les projets de développement socio économiques pour les communautés locales arrêtés dans le plan de développement communautaire.* » Voir article 124 de la Loi n°2014-138 du 24 mars portant Code minier de la République de Côte d'Ivoire L'article 125 du même instrument institutionnalise l'intervention économique de l'exploitant minier au niveau local : « *L'administration minière met en place, pour chaque exploitation minière, un comité de développement local minier chargé de la mise en œuvre des problèmes de développement économique et social pour les communautés locales ...* »

l'inexistence dans les systèmes judiciaires ouest africains de la plainte collective en cas d'agissement non conforme de la part d'un investisseur extractif. Les communautés locales dans les zones d'opérations minières ne peuvent pas à l'état du droit positif des pays d'Afrique de l'ouest engager la responsabilité par la procédure des class action très pratiquées aux États-Unis en cas de manquement de la part d'une entreprise.

**c- La réalisation des droits économiques et sociaux
internationaux prévus**

701. Les opérations minières ne peuvent pas dans ce contexte gagnant-gagnant pour plusieurs raisons en Afrique de l'Ouest : les politiques publiques nationales et locales sont loin de satisfaire les besoins du plus grand nombre. S'y ajoute que les contrats portant sur les ressources extractives ne sont pas, la plus part du temps, bien négociés en ce qui concerne la défense des intérêts des États producteurs. C'est la raison pour laquelle, l'opérateur minier international est tenu de contribuer aussi au développement là ou il/elle fait des affaires. Dans le contexte minier, il s'agit pour l'ensemble des acteurs « transférer un universalisme dormant en un universalisme actif » C'est ce que l'auteur Philippe Texier, membre de la FIDH et conseiller à la Cour de cassation, déclarait en 2001 : *« Je crois que les droits économiques vont être défendus de la même façon que les droits civiques et politiques. Et d'ajouter : On peut tout à fait imaginer des grandes campagnes contre la faim. Pas sous angle caritatif mais en disant que le droit à l'alimentation est un droit fondamental »*¹⁵⁴².

702. Les droits économiques et sociaux est un complément essentiel aux droits civils et politiques. Ils permettent aux États parties de disposer librement de leurs ressources naturelles.¹⁵⁴³ Les droits sociaux et économiques recouvrent un ensemble de normes et principes inscrits permettant aux États parties à la convention de mettre en œuvre du point de vue opérationnel les règles du droit au développement. C'est en application de ces principes dégagés par le pacte de 1966 que les États parties mettent sur pied un appui au développement local (via des fonds) par le secteur minier. Dans les contrats miniers signés par le Sénégal, les titulaires sont obligés d'alimenter un fonds local au profit du développement des zones d'implantation des opérations minières : *« Les titulaires de titres miniers, de contrat de partage de production, ou de contrat de services participent sur la base d'engagements financiers annuels à l'alimentation d'un fonds d'appui au développement local destiné à contribuer au développement économique et social des collectivités locales situées dans les zones d'intervention des sociétés minières. Les actions à réaliser doivent être définies dans un plan de développement local en cohérence avec tout plan national de développement local*

¹⁵⁴² Voir cité par (Th.) Pech & (M.)-Olivier Padis « *Les multinationales du cœur Les ONG, la politique et le marché* » éd. Du seuil et la République des idées, février 2004 p.66

¹⁵⁴³ Selon l'article 1^{er} dispose dans son al.2 : *« Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance. »* Voir Nations-Unies « Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, article 1^{er} in Relations Internationales Grands textes politiques et juridiques L. le Hardy de Beaulieu, Y. Lejeune, M. Liégeois, T. Struye de Swieland, T. de Wilde d'Estmael éd. Anthemis s.a. 2010 p.400

existant et en concertation avec les populations et les autorités administratives et locales. Ce plan de développement local doit intégrer les projets d'autonomisation des femmes. Pour les titulaires de titres miniers, de contrat de partage de production, ou de contrat de services en phase d'exploitation, le montant annuel de ces engagements financiers est de zéro virgule cinq pour cent (0,5%) du chiffre d'affaires hors taxe annuel. »¹⁵⁴⁴

703. Comme l'effectivité des droits économiques et sociaux n'est pas toujours évidente. En effet, elle dépend toujours des rapports de force économique et la capacité des États à équilibrer leurs rapports avec les firmes minières internationales. Raison pour laquelle, certaines initiatives volontaires internationales associant les grandes entreprises multinationales sont mises en place. C'est le cas des dix principes du Pacte mondiale. Il instaure des principes de Responsabilité des entreprises RSE) à travers une invite aux bonnes pratiques.¹⁵⁴⁵ L'instrument communautaire de protection des opérations minières a à son actif des innovations majeures, mais souffre d'un excès d'idéalisme d'une certaine manière.

D : Un instrument de protection idéaliste

L'idéalisme se traduit triplement : l'asymétrie d'informations entre les investisseurs et les États (1) ; l'ineffectivité des capacités de l'Etat à défendre les intérêts nationaux et ceux des communautés locales (2). Le dernier facteur, c'est l'insuffisance des capacités réglementaires des États : l'inexistence d'un modèle africain de contrat minier type pour la globalité de la protection (3).

1) L'asymétrie d'informations entre les investisseurs et les Etats

704. Les investissements portant sur l'extraction de minerais présentent certaines caractéristiques : ils mobilisent des sommes colossales, un vrai savoir-faire, des capacités technologies réelles et surtout un environnement juridique et politique stable. Dans le contexte des partenariats entre les États d'Afrique de l'Ouest et les firmes minières internationales

¹⁵⁴⁴ Voir article 115 de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

¹⁵⁴⁵ Les dix principes sont la synthèse des instruments internationaux relatifs au droit au développement (Déclaration universelle des droits de l'homme ; Déclaration de l'Organisation internationale du travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail ; Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ; Convention des Nations-Unies contre la corruption Parmi ces derniers il y a en matière de « Droits de l'homme 1. Les entreprises sont invitées à promouvoir et à respecter la protection du droits international relatif aux droits de l'homme dans leur sphère d'influence ; et 2. A veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'homme. Droit du travail 3. Les entreprises sont invitées à respecter la liberté d'association et à reconnaître le droit de négociation collective ; 4. L'élimination de toutes les formes de travail forcé ou obligatoire ; 5. L'abolition effective du travail des enfants ; et 6. L'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Environnement 7. Les entreprises sont invitées à appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant l'environnement ; 8. A entreprendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement ; et 9. A favoriser la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement. Lutte contre la corruption 10. Les entreprises sont invitées à agir contre la corruption sous toutes ses formes, y compris l'extorsion de fonds et les pots-de-vin. » Voir ONU- Les dix principes du Pacte Mondial (Global Compact) (2000 et 2004) cité H. Ghérari Droit international économique 2. Le système monétaire international public, l'investissement étranger Documents d'études n°3.12 la Documentation française 2013 p.53 et s.

(major et junior), on note une asymétrie réelle au niveau de l'information relative à la teneur en minerais réelle des sols prospectés, les modalités des découvertes et les opérations minières. Cela se vérifie au niveau scientifique par l'incapacité des États producteurs de la sous région riche en ressources minières à : « *la détermination des sols miniers « connus » et « inconnus » doit être transparente et objective sur la base de données géologiques solides. A cet effet, des systèmes existants de classification des ressources doivent être utilisés tels JORC(Australie) et SAMREC (Afrique du Sud) et attestés par un consultant géologique (personne compétente) mais l'Afrique doit envisager la mise en place d'un système à l'échelle continentale ou « CMRA » (Classification des ressources minières africaines) sous le couvert d'un organe professionnel continental (à l'exemple de l'Institution des mines et de métallurgie d'Afrique australe : IMAS.)* »¹⁵⁴⁶ De même, cette asymétrie d'information est une source potentielle de conflit au niveau juridique :

705. En effet, les firmes minières transnationales disposent d'un arsenal d'expertises parmi les pointues au niveau juridiques. Cela va des ressources humaines les plus qualifiées en la matière et l'assistance et l'expertise de cabinet de consulting juridique ou d'avocats spécialisés sur la matière. Alors que les États d'Afrique de l'Ouest : les administrations spécialisées manquent la plupart du temps de personnes outillées spécialement sur le plan de la connaissance du secteur de la réglementation extractif (ses enjeux, sa complexité et ses acteurs etc.). Conséquence, les structures compétentes de l'Etat- comme la direction des mines et de la géologie, le ministère chargé des ressources minières négocient avec le/les opérateur(s) minier(s) en n'ayant pas la bonne information. Cet aspect informationnel est très important dans les opérations minières nationales et le nier c'est méconnaître les exigences de la loi minière au niveau régional¹⁵⁴⁷ et national¹⁵⁴⁸ qui stipule clairement les conditions dans lesquelles un marché minier, un contrat doit être attribué.

706. En d'autre terme, la bonne information voudrait aussi que l'Etat signataire de la Convention minière vérifie en amont les capacités financières avant la délivrance. C'est la condition sine qua non pour la bonne exécution du projet minier¹⁵⁴⁹ De même, le défaut d'une

¹⁵⁴⁶ Voir Union-Africaine « Conférence des ministres africains responsables pour le développement de ressources minérales » Première session ordinaire 13-17 octobre 2008 Addis-Abéba(Ethiopie) « *Vision du régime minier de l'Afrique* » 52 p. p.22

¹⁵⁴⁷ Selon la Directive Communautaire : « *Les qualifications pour l'acquisition d'un droit ou titre minier dans les États membres doivent être en conformité avec les meilleures pratiques internationales dans le domaine de l'industrie minière et doivent notamment, inclure le respect de l'environnement, prendre en compte l'intérêt national de l'Etat membre, le respect des droits des communautés minières, le respect des obligations en matière d'emploi local et d'approvisionnement en biens et services.* » Voir article 5 directive portant sur les politiques minières de la CEDEAO op cit.

¹⁵⁴⁸ « *Sur toute ou partie, de l'étendue du territoire et dans les conditions prévues par le présent Code, l'Etat peut octroyer à une ou plusieurs personnes physiques ou morales le droit d'entreprendre ou de conduire une ou plusieurs opérations minières sur les substances minérales contenues dans le sol et le sous-sol. Les personnes morales doivent justifier des capacités techniques et financières requises telles que fixées par décret.* » Voir article 7 de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

¹⁵⁴⁹ La loi guinéenne relative aux Mines est très exigeante sur les capacités financières pour être éligible à une concession : « *Sont éligibles au régime de la concession minière établi par le présent Code, les investissements d'un montant égal ou supérieur à un 1 milliards (1 000 000 000) USD pour les substances des catégories 1 et 5. Ce seuil est fixé à cinq cent millions (500 000 000) USD pour les substances des catégories 2, 3,4 et 6.* » Voir

information exhaustive de la part de l'Etat du pays producteur sur son partenaire peut aboutir à des retraits de permis d'exploitation minière en cas de forts soupçons de corruption.¹⁵⁵⁰ Le manque de l'information essentielle sur le secteur, les acteurs et les pratiques qui s'y nouent fait que l'Etat adopte un régime de protection juridique ou il est la plupart du temps perdant. Ce dernier est souvent dans la difficulté pour défendre ses propres intérêts et les communautés locales des pays producteurs de minerais.

2) L'ineffectivité des capacités de l'Etat à défendre les intérêts nationaux et ceux des communautés locales

707. La volonté des États membres de la CEDEAO à créer un environnement juridique d'un type nouveau en vue d'avoir une protection globale et non discriminante pour tous les acteurs des investissements miniers, est gangrené par des obstacles traditionnels encore persistants. Déjà dans le cadre des Résolutions progressistes internationales, les Nations-Unies invités les pays exportateurs de capitaux et leurs grandes firmes extractives à respecter la souveraineté des États sur leurs ressources.¹⁵⁵¹ Ce déséquilibre et cette incapacité consentie ou non à défendre les intérêts de la puissance publique en matière d'investissement étranger ne sont pas propres aux pays d'Afrique de l'Ouest. Tous les pays en développement et même les pays traditionnellement exportateurs d'investissement sont confrontés au même problème ou même les pays développés se protègent contre certaines formes d'investissement particulièrement ceux portant sur l'acquisition des terres. Au point qu'un auteur parle à ce propos que : *« Toutes les propositions de réforme sont ainsi tournées vers un objectif commun : rééquilibrer les traités d'investissement en faveur d'une meilleure prise en compte des droits et intérêts de l'Etat hôte. Autrement dit, un changement de paradigme s'est opéré : alors qu'initialement les accords d'investissement visaient à contrebalancer la vulnérabilité des investisseurs étrangers face à l'arbitraire de l'Etat hôte, toute l'attention est désormais portée sur la manière de mieux ménager les droits souverains de ce dernier. Ce changement*

article 37 de la Loi L/2013/n°053 /CNT du 08 avril 2013 portant amendement de certaines dispositions de la Loi L/2011/006/CNT du 9 septembre 2011 portant Code minier de la République de Guinée

¹⁵⁵⁰ L'opérateur minier peut faire l'objet de condamnation et d'interdiction de soumission aux appels d'offres émis par les Institutions financières internationales et régionales (Banque Mondiale, Banque Africaine de Développement, Banque d'investissement et de développement de la CEDEAO (BIDC) et la Banque ouest africaine de développement de l'UEMOA. Les pratiques de corruption sont sévèrement punies par les Codes miniers (Code guinéen relative aux Mines prohibe la corruption)

¹⁵⁵¹ Malgré la nécessité affirmée du respect des droits de la Souveraineté sur leurs ressources à travers les différentes Résolutions, l'équilibre des prestations entre les États et les firmes minières transnationales des pays traditionnellement industrialisés- mais aussi, récemment, les grands pays émergents du Sud maintenant- est très difficile à atteindre. Pourtant les Résolutions des N-U adoptent une vision progressiste de la protection principe 1 : *« Le droit de souveraineté permanent des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé. »* Alors que dans la même veine le principe 8 souligne aussi à son niveau sur le nécessaire équilibre des accords conclus par les États : *« Les accords relatifs aux investissements étrangers librement conclus par des États souverains ou entre de tels États seront respectés de bonne foi ; les États et les organisations internationales doivent respecter strictement et consciencieusement la souveraineté des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles, conformément à la Charte et aux principes énoncés dans la présente résolution. »* Voir ONU-Résolution de l'AGNU « Résolution 1803(XVII), Souveraineté permanente sur les ressources naturelles Adoptée le 14 décembre 1962 par 87 voix contre 2 et 12 abstentions in A. Pellet « Les Nations-Unies Textes Fondamentaux » éd. PUF, 1995 p.70 et s. op. cit. (Titre I de la thèse)

*de perspective laisse entrevoir la raison essentielle des critiques adressées aux instruments classiques du droit des investissements : les États se sont laissé déposséder de ce champ de la régulation internationale. Il leur appartient d'en reprendre le contrôle. »*¹⁵⁵²

708. L'ineffectivité des mécanismes de l'Etat à protéger ses intérêts s'expliquent souvent par la situation administrative interne : l'absence de suivi et d'une mauvaise régulation juridiques des activités liées aux opérations minières des firmes s'implantant localement dans ces pays. En aval, il y a une problématique majeure dans les opérations minières en Afrique de l'Ouest, c'est le sort réservé aux communautés locales dans les zones d'opération minière. La réglementation communautaire et les cadres juridiques nationaux relatif au secteur minier prévoit et accorde une grande importance sur la nécessité de « programme social minier » et la prise en compte de la « réalité locale » dans les opérations minières, il faut dire que l'implémentation et l'exercice effectif de ces droits sont difficile. Cela est du à plusieurs facteurs : 1) le système judiciaire des États membres qui ne reçoit et n'admet le régime des plaintes collectives « type class action » dans le système judiciaire américain qui pourrait permettre aux groupes locaux des zones d'exploitation minière de se constituer partie civile si l'entreprise exploitante commet des manquements graves tenant à ses obligations.

709. De même, au plan externe, leur droit semble peu pris en compte notamment en ce qui concerne la possibilité d'intervention en *amicus curiae* pour faire respecter les droits de l'homme bafoués si elle le fait des agissements et par le concours de l'entreprise minière.¹⁵⁵³ Dans les opérations minières, l'ineffectivité des capacités de l'Etat, à faire respecter le cadre législatif et réglementaire, la destruction du patrimoine culturel local régional, la dégradation de l'environnement naturel et sécuritaire local, peut être vue comme un moyen de négligence dans la protection qu'il doit, à titre constitutionnel, aux dites communautés¹⁵⁵⁴ Il peut arriver que les opérations minières dans certaines parties du territoire soient conditionnées au

¹⁵⁵² Voir (S.) Robert-Cuendet « *Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers* », RGDIP tome 120, 2016-3 A. Pedone pp.545-578 p.547

¹⁵⁵³ Alain Pellet en fait une analyse doctrinale par rapport à la justice arbitrale dans l'affaire dite Salini test : « *Il estime que le quatrième « critère » du Test salini, relatif à la contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement peut constituer une porte d'entrée pour la prise en compte de considérations relatives aux droits de l'homme. Il estime que :*

« Les arbitres peuvent, sans trop d'artifice, considérer que la compatibilité de l'investissement avec le respect des droits fondamentaux de la personne humaine constitue une composante du « Test Salini », le développement ne pouvant être assimilé à une notion purement quantitative » Voir A. Pellet cité par (J.) Cazala « Respect des droits de l'homme comme justification de la violation d'un traité d'investissement » pp.319-340 in Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse » journée d'étude Sd. de W. Ben Hamida & de F. Coulée éd. A. Pedone-Paris 2017 p. 322

¹⁵⁵⁴ Selon le Code minier ivoirien : « *sont classés comme zone d'interdiction, les espaces compris dans un rayon de cent(100) mètres autour :*

-des propriétés classées ; -des murs ou dispositif équivalent ; - des aires protégées ; -des puits ; - des édifices religieux ; - des lieux de sépulture ou lieux considérés comme sacrés ; Sont également considérés comme zone d'interdiction, les alentours, sur une distance de 100 mètres

- des voies de communication ; - des conduites et points d'eau ; - de tout travaux d'utilité publique ; - des ouvrages d'art ; -des dépendances du domaine public » Voir article 113 de la Loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier de la République de Côte d'Ivoire

*consentement des occupants*¹⁵⁵⁵ Souvent les États de la sous région mette les communautés devant le fait accompli, dans la plupart des cas du processus d'investissement, les États négocient et signent des conventions minières sans association des communautés des zones d'exploitation, ce qui est à la longue un double risque pour l'Etat producteur : instabilité et arrêt des opérations avec des inconvénients parfois sur les rentrées des redevances minières, mais les risques d'instabilité consécutifs à la révolte des communautés locales voyant leur environnement saccagé et leur patrimoine détruit par l'impact négatif des opérations minières. L'autre facteur essentiel, c'est l'insuffisance des capacités réglementaires des États qui n'ont pas de modèles de contrat type minier pour une protection globale.

3) L'insuffisance des capacités réglementaires des États : l'inexistence d'un modèle africain de contrat minier type pour la globalité de la protection

710. L'Afrique de l'Ouest est composée de pays en gestation démocratique où les appareils institutionnels sont faibles. La faiblesse économique des pays (hypertrophie du secteur primaire et la faiblesse extrême du secteur secondaire) a des conséquences juridiques notables : elle pousse ces pays à chercher des recettes budgétaires dans le secteur extractif. Ce secteur est caractérisé par un déséquilibre du cadre législatif et réglementaire relatif aux mines au profit des opérateurs miniers étrangers et au détriment des États producteurs. Dans ce contexte, les contrats signés reflètent cette *neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat*.¹⁵⁵⁶ Les contrats d'investissement miniers signés par les États présentent des caractéristiques spécifiques : établissement de longues concessions (25 ans renouvelable), facilitée fiscale octroyés au(x) opérateur(s) minier(s) partenaire(s) de l'Etat, faiblesse des pourcentages de participation de l'Etat au capital des sociétés d'exploitation et enfin prévision d'un système de règlement des différends favorisant en définitive le recours à l'arbitrage comme solution appropriée pour la solution des litiges¹⁵⁵⁷

711. Ce contexte traditionnel des opérations minières fait place à un nouveau où à la faveur de la convoitise dont fait l'objet l'Afrique de l'Ouest des immenses ressources minières et surtout la particularité des contrats miniers des nouvelles générations qui sont devenus des contrats de type intégré.¹⁵⁵⁸ Vu l'importance majeure et stratégique du secteur minier comme source de retombées financières pour les trésors publics et les communautés locales et

¹⁵⁵⁵ C'est ainsi que : « *La prospection, la recherche et l'exploitation dans les zones d'interdiction sont soumises au consentement préalable des propriétaires, des occupants ou des communautés concernées et l'autorisation du ministre chargé des mines.* » Voir 114 Ibid

¹⁵⁵⁶ Voir Mayer(P.) « la neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat », JDI 1986-1 pp.5-78

¹⁵⁵⁷ Voir article 39 « *arbitrage –règlement des différends* » de la Convention minière pour l'Or et les substances connexes passée en application de la Loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et la Société Rokamko S.A d'autre part fait à Dakar le 17 décembre 2004.

¹⁵⁵⁸ L'instrument contractuel relatif aux ressources extractives semble marquer par l'exigence de fortes capacités technologiques, mais surtout financière à un triple nouveau : outre la mise en valeur du site de production, il y a la phase qui consiste à construire des infrastructures structurantes comme un chemin de fer jusque vers les cotes pour l'évacuation du produit extrait avec parallèlement la construction d'un port en eau profonde. Il y a l'exemple du géant projet minier de ce type comme les « mines de fer du Simandou » en Guinée dont nous faisons cas (voir titre 4 de la deuxième partie : chapitre 2)

éventuellement un levier pour l'industrialisation future de ces pays, le temps est venu pour ces pays de mettre sur pied un modèle de contrat type sur le plan minier. Un tel modèle, tout en maintenant un cadre juridique attractif et sécurisant, augmentera les redevances versées aux Etats,¹⁵⁵⁹ procédera à des concessions raisonnables au niveau des délais. Dans ce cas, concrètement, l'Etat doit signer des concessions de dix(10) ans accompagnées de conditionnalités sur les obligations à respecter et augmenter la participation de l'Etat dans le capital de sociétés d'exploitation et la participation du secteur privé local.¹⁵⁶⁰ La nécessité de ce renouveau juridique sur le plan contractuel ne peut et pourra pas se faire individuellement, mais seulement dans le cadre collectif ou communautaire. En effet, tout en respectant la souveraineté des États membres de signer des contrats avec des partenaires étrangers pour leurs politiques publiques internes, la CEDEAO peut établir des directives opérationnelles minières en vue de la conformité des contrats d'Etat signés avec l'instrument communautaire.

712. L'absence d'un mécanisme d'harmonisation contractuelle type minier a eu comme conséquence une concurrence contractuelle minière défavorable aux pays ouest africains producteurs : manque à gagner considérable pour les trésors publics nationaux, pollution des zones d'exploitation minière et surtout un déséquilibre des prestations. Le néo-cadre contractuel minier typiquement ouest africain doit s'intégrer dans une volonté de rééquilibrage des rapports traditionnellement en faveur des firmes minières internationales. L'intérêt général et des objectifs de politique de développement doivent pousser les États à concevoir un modèle global de protection sans pour autant renier aux engagements souscrits : *« Les contrats d'Etat doivent être négociés et mis en œuvre, sous réserve du droit national, dans une perspective de soutien mutuel et de respect, en tenant compte des objectifs légitimes de développement des États membres tels qu'énoncés dans leurs politiques d'investissements tout en prenant dument en considération les droits et intérêts des investisseurs. »*¹⁵⁶¹ La notion d'intérêt général et les enjeux liés au développement justifient la mise en place à terme du modèle de contrat africain harmonisé portant sur les opérations relatives aux ressources naturelle.

713. Par conséquent, des modèles comme African mineral contract AMC et African petroleum contract APC, s'imposent pour inverser à terme le rapport de force jusqu'ici

¹⁵⁵⁹ Ce problème de la régularité des redevances et la nécessité d'une augmentation de la participation des États dans le capital de sociétés titulaires de concessions minières, sont récurrentes. Les sociétés civiles africaines et les ONG dénoncent ce déséquilibre contractuel structurant des opérations minières et énergétiques dans les rapports entre État d'accueil et investisseurs extractifs internationaux. La nécessité du renouveau du partenariat est souligné dans l'exposé des motifs du nouveau Code minier du Sénégal qui souligne : *« le but de maintenir l'attractivité du secteur minier national et de garantir un certain équilibre, de manière à promouvoir un partenariat mutuellement avantageux entre l'Etat, l'investisseur et les communautés hotes »* Voir République du Sénégal Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier. Dans cette « timide » renouveau du partenariat pour un plus grand équilibre des interets, le Code malien dispose de l'actionnariat : *« Il reste ouvert pour les investisseurs privés nationaux la possibilité d'acquérir, en numéraire au 5% des actions de toute société d'exploitation, dans les mêmes conditions que les autres actionnaires privés. »* Voir article 65 de la Loi n°2012-015 du 27 février 2012 portant Code minier du Mali

¹⁵⁶⁰ Voir article 65 du Code malien qui dispose pour le secteur privé local « la possibilité d'acquérir au 5% des actions de toute société d'exploitation » op cit. p. 103

¹⁵⁶¹ Voir article 26 *Projet Code panafricain d'investissements* Commission de l'Union africaine Département des Affaires économiques, décembre 2016 au https://au-int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_Code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf consulté le 15 mai 2018

favorables aux investisseurs étrangers. Ce qui empêche la réalisation du concept de protection globale de l'investissement en Afrique de l'ouest. Comme le droit dérivé de la CEDEAO s'inscrit dans le nouvel environnement minier international marqué par l'implication des ONG, des Organisations internationales à la faveur d'une plus grande transparence et de la responsabilité des entreprises extractives du fait des opérations extractives, il sera intéressant de s'appesantir sur les perspectives mises en place par la Directive sur les politiques minières concernant les initiatives internationales en matière de transparence des opérations extractives.

E : Les perspectives de la Directive face aux initiatives de transparence extractive au plan international

Il s'agit de l'analyse de la transparence à travers certains mécanismes internationaux comme l'ITIE (1) et le mécanisme de transparence minière qu'est le Protocole de Kimberley (2).

1) La volonté d'inscription dans le mécanisme de transparence de l'ITIE

Il se traduit par l'obligation qui est faite aux États de faire preuve de transparence et de publication des versements aux États (a), mais aussi les limites d'un tel mécanisme dans le contexte des pays d'Afrique de l'Ouest (b).

a- L'obligation de transparence et de publication des versements aux États

714. Le secteur des opérations minières illustre le constat d'une protection inégale et une gouvernance défailante de la part des États de la sous-région. Cela a eu comme conséquence, le bradage des ressources à travers un suivi mal fait du secteur de la part des administrations spécialisées et surtout la montée d'une forte corruption.¹⁵⁶² Prenant conscience de l'inégalité des rapports entre États et firmes et surtout l'utilisation parfois opaque des recettes minières qui n'ont aucun effet sur la situation économique nationale du pays et sur chaque citoyen, la société civile internationale notamment un groupe d'ONG¹⁵⁶³ qui a lancé le slogan le slogan « *Publish What You pay* » publiez ce que vous payez. C'est ainsi qu'est née l'Initiative de la

¹⁵⁶² Particulièrement dans les opérations extractives en Afrique. Cette corruption se situe principalement à trois niveaux : l'accès et l'attribution frauduleuse de certaines opérations minières et énergétique, le non paiement où la fraude fiscale- qui se traduit par des accointances, complicités ou facilités de la part des agents publics du pays d'accueil et les fausses déclarations comptables concernant le montant des transactions portant sur les hydrocarbures et les mines. Elle est devenue un fléau majeur qui accompagne et structure souvent la pratique des investissements extractifs en Afrique de l'Ouest. C'est la raison pour laquelle, les textes communautaires tentent de sévir « *Avant ou après l'établissement d'un investissement, les investisseurs et leurs investissements s'abstiennent de tout acte de corruption* » voir article 13 « *lutte contre la corruption* » de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO », Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008

¹⁵⁶³ Il s'agit de l'ONG qui s'occupe de la lutte contre la corruption sur le plan international « Transparency international », « Global Witness » et l'ONG français « Secours catholique ». L'action de la société civile internationale a été décisive dans la mise en place d'un tel mécanisme de transparence.

transparence pour les industries extractives (ITIE) adoptée officiellement par le Groupe G8 le 17 juin 2003 lors de sa conférence tenue à Londres¹⁵⁶⁴

715. En effet, cette procédure nouvellement instaurée dans l'environnement du partenariat extractif entre État et firmes minière et pétrolières met en place une procédure de transparence et de conformité où les États producteurs de minerais et d'hydrocarbures peuvent librement adhérer.¹⁵⁶⁵ La volonté de transparence est reprise par les instruments juridiques miniers de certains pays de l'Afrique de l'Ouest en guise de conformité. En vertu du principe, une obligation pèse sur les titulaire de titre minier,¹⁵⁶⁶ ce dernier transmet ses déclarations, au titre des opérations minières, ceci doit être auditées et certifiées conformes.¹⁵⁶⁷ Le principe de déclaration concerne aussi l'Etat et l'ensemble de ses revenus issus des opérations minières effectués sur son territoire national : « *Tous les revenus miniers dus à l'Etat et perçus par l'Etat, y compris les relations sociales effectuées par les entreprises minières, font l'objet de déclaration aux instances nationales de l'ITIE.* »¹⁵⁶⁸ L'ITIE est devenue dans les pays d'Afrique de l'Ouest producteurs de minerais et d'hydrocarbures une unité de mesure de la transparence et de bonne gouvernance extractives. Le cadre législatif et réglementaire relatif aux mines dans les États membres de la CEDEAO adhèrent à cette volonté de conformité. La loi minière du Sénégal le démontre: « *Tout titulaire de titre minier a l'obligation de respecter les principes et exigences de l'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives(ITIE), notamment :*

- *d'effectuer des déclarations basées sur les données qui sont l'objet d'audit par les instances compétentes en la matière ;*

¹⁵⁶⁴ Elle est un mécanisme pour la transparence. L'objectif est d'établir la norme mondiale pour la bonne gestion des ressources pétrolières, gazières et minières en poussant en exhortant les compagnies extractives opérant dans les pays producteurs à déclarer ce qu'elles payent aux autorités des pays producteurs. L'ITIE cherche aussi à renforcer les systèmes des gouvernements et des entreprises, à éclairer le débat public et à faciliter la compréhension. A ce jour, « *51 pays mettent en œuvre la norme, 2000 milliards de dollars de revenus divulgués par les rapports ITIE-estimation basée sur 332 exercices- 341 exercices couverts par les rapports ITIE* » Voir au <https://eiti.org/fr/qui-sommes-nous> consulté le 16 février 2018

¹⁵⁶⁵ L'adhésion obéit à une procédure : tout pays producteurs de ressources extractives peut y adhérer en faisant la demande, après examen de sa demande, si ce pays est déclaré conforme aux « normes ITIE » il sera admis, dans le cas contraire sa demande sera repoussé jusqu'à ce qu'il se conforme aux normes de transparence fixées par l'Initiative. « *De 2003 à mars 2011, sur les 23 États africains passés au grilleau, seuls deux États africains seulement ont été jugés conformes aux exigences de l'ITIE : le Libéria(en octobre 2009) et le Ghana(en octobre 2010). Nombreux croissant de gouvernements l'acceptent. Tous les États producteurs de pétrole des deux sous-régions ont adhéré à l'initiative. Les règles de l'ITIE ont été intégrées aux corpus législatif du Niger, du Nigéria, de la RD Congo et du Tchad* » voir Kamto (M.) « *Droit international de la gouvernance* » Paris, éd. A. Pedone 2013 p.222

¹⁵⁶⁶ « *Tout titulaire de titre minier s'engage à appliquer les principes et critères de bonne gouvernance, notamment les principes de l'Equateur de l'ITIE.* » Voir article 117 de la Loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier de la Côte d'Ivoire

¹⁵⁶⁷ L'article 118 le souligne en notant que « *Tout titulaire de titre minier a l'obligation de respecter les principes et exigences de la norme ITIE. En particulier, le titulaire du titre minier doit, dans le cadre de l'élaboration des rapports ITIE, effectuer des déclarations basées sur les données qui sont l'objet d'audit par les instances compétentes en la matière. Le titulaire de titre minier doit faire déclaration aux instances nationales de l'ITIE de toutes les informations relatives à ses paiements à l'Etat, y compris les relations sociales.* » Ibid

¹⁵⁶⁸ Voir article 119 ibid

- de déclarer aux instances nationales de l'ITIE toutes les informations relatives à ses paiements à l'Etat, y compris les réalisations économiques et sociales. »¹⁵⁶⁹ Les acteurs des investissements miniers (Etats, firmes majors et juniors miniers internationaux et même communautaires ou nationales) ne peuvent plus ignorer ce mécanisme de transparence.¹⁵⁷⁰

716. Les mérites de l'ITIE sont nombreux : elle a permis de clarifier les relations financières entre les États et les investisseurs dans le cadre des opérations minières, cela a permis aux acteurs locaux à la base de mieux s'imprégner des questions extractives (souvent très complexes et frappées d'une certaine opacité dans les conditions d'attributions des titres miniers et des blocs d'exploration d'hydrocarbures) et enfin aux Etats, riches en ressources naturelles, d'être très attentifs à la bonne gouvernance des ressources. Un pays de la sous région, le Sénégal, s'inscrit régulièrement dans cette démarche de transparence extractive en adoptant un rapport de son comité national de l'ITIE.¹⁵⁷¹ Aussi avancée soit-elle en matière de transparence et de clarté des versements des compagnies minières aux Etats, le processus est frappé de mal de limites.

b- Les limites de l'ITIE dans le contexte des pays d'Afrique de l'Ouest

717. Les retombées tirées sur les ressources extractives ont fait l'objet de plusieurs approches de transparence : il y a l'approche de la gouvernance fondée sur l'adhésion au mécanisme d'évaluation par les pairs (MAEP)¹⁵⁷² dans le cadre de l'Union africaine et d'autres *programmes de gestion des recettes minières des pays ou communautés d'accueil* prévoyant les générations futures.¹⁵⁷³ Si dans le principe, l'initiative de transparence de la

¹⁵⁶⁹ Voir article 95 de la Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal

¹⁵⁷⁰ La légitimité de ce mécanisme de transparence est de plus en plus réelle : « *Vingt-cinq pays d'Afrique mettent en œuvre l'ITIE. Ces pays ont divulgué un total combiné de plus de 66 milliards de dollars publiés en 2016, ce qui signifie que 605 millions de citoyens en Afrique ont maintenant accès aux informations sur la manière dont les ressources naturelles de leur pays sont gérées.* » Voir ITIE Rapport de suivi 2017 « Mettre fin à l'anonymat des entreprises- la clé pour combattre la corruption » 48 p. au <https://eiti.org/fr/rapport-de-suivi-2017/afrique> p.26 consulté le 10 février 2018

¹⁵⁷¹ Voir CN-ITIE –Sénégal, Rapport de conciliation 2016, 201p. Au www.itie.sn voir aussi programme de travail du CN-ITIE du Sénégal au <http://itie.sn/wp-content/uploads/2017/03/Plan-de-travail-annuel-itie-2017.pdf> consulté le 10 février 2018

¹⁵⁷² C'est un mécanisme d'autoévaluation de la capacité de gouvernance des États membres de l'UA mis en place en mars 2003. Il est un instrument du plan continental de développement continental NEPAD. Son crédo c'est que désormais : « L'Afrique évalue L'Afrique ». Il n'y a aucune contrainte : Chaque État membre de l'UA se soumet volontaire en vue d'évaluer sa gouvernance les progrès et les insuffisances. Ce mécanisme novateur ressemble fort bien au mécanisme de l'Examen périodique universel créé par la Résolution 60/51 de l'AGNU du 18 juin 2007 qui est « *un outil d'évaluation, à tour de rôle, chaque Etat, qui vise à faire le point sur la situation des droits de l'homme dans un Etat, par ses pairs à l'ONU* » Voir Tall S-N « *Droit des Organisations internationales africaines Théorie générale droit communautaire comparé droit de l'homme, paix et sécurité* » Paris, éd. L'Harmattan, 2015 p.341

¹⁵⁷³ Il s'agit « *par exemple l'Alaska Permanent Fund (basé sur les recettes pétrolières) et les fonds fiduciaires implantés dans l'Ile Nauru qui sont alimentés par les recettes de phosphate. Le plan d'allocation, de gestion et de suivi des recettes du projet Pipeline Tchad-Cameroun intègre le principe de sauvegarde d'une partie des recettes de l'Etat pour les générations futures. Il existe deux autres aspects de ce schéma qui pourront servir de modèle pour d'autres projets miniers en Afrique. Il s'agit de :*

a) *l'attribution d'une proportion des recettes en vue du financement des secteurs prioritaires définis dans l'économie nationale ;*

société civile internationale a été salubre et a permis des progrès réels dans la transparence des recettes minières, il faut dire qu'en aval, elle a vite montré ses limites objectives. En effet, l'ITIE ne vérifie et certifie le versement effectué par les compagnies minières aux États producteurs, mais n'a aucune prérogatives sur l'utilisation à posteriori de l'argent versé. Ceci constitue, d'une certaine manière à limiter objectivement l'impact positif et la dimension opérationnelle de l'Initiative.¹⁵⁷⁴ De la même manière, l'utilisation des recettes tirées des ressources extractives en Afrique de l'Ouest, est confrontée à plusieurs fléaux.

718. Parmi ceux-ci, il y a le désastre qui a frappé, la plupart du temps, tous les pays en développement pourvus en matières premières : le syndrome hollandais,¹⁵⁷⁵ la grande corruption institutionnalisée dans l'attribution des contrats et l'utilisation des recettes versées, et qui nuise enfin aux efforts de développement¹⁵⁷⁶ Un autre facteur limitant l'effectivité du mécanisme, c'est le comportement de certains États et de leur classe politique envers ce mécanisme jugé intrusif et attentatoire à la souveraineté des pays producteurs d'hydrocarbures et de minerais : « *De 2003 à mars 2011, sur les 23 États africains passés aux grilles, et 33 États au total dans le monde, deux États africains seulement, et cinq en tout dans le monde ont été jugés conformes aux exigences de l'ITIE : le Libéria(en octobre 2009) et le Ghana(en octobre 2010). Au demeurant, on estime que dans certains pays la transparence totale préconisée par l'ITIE a abouti, dans certains cas, à une réaction hostile de certains élus compromis vis-à-vis des entreprises. Selon certains, l'Initiative ne serait pas adaptée à l'exploitation des ressources naturelles dans des zones d'instabilité à l'instar de l'Est de la R.D.Congo. Aussi a-t-on proposé que des dispositifs coercitifs sur la traçabilité du pétrole et*

-
- b) *la création d'un comité de supervision(composé des représentants des administrations et des membres de la société civile) chargé de gérer et de contrôler les fonds injectés dans la structure. »* Voir CEA-U-A « Vision du Régime minier de l'Afrique » « Conférence des ministres africains responsables pour le développement de ressources minérales première session ordinaire » 13- 17 octobre 2008 Addis-Abeba (Ethiopie) 52p. p.30 évoquer aussi l'initiative européenne de paquet « entreprises responsables »

¹⁵⁷⁴ La prérogative de l'ITIE se borne seulement à une vérification de conformité des versements effectués. Son rôle ne se réside qu'en amont. Les États producteurs de minerais et d'hydrocarbures maîtrisent tout le restant du processus. Ainsi, en fonction des lois budgétaires internes procèdent à la légalisation de l'utilisation des fonds ou même ils peuvent avoir une approche extra budgétaire ou mettre en place, c'est toujours le cas actuellement, un fonds souverains.

¹⁵⁷⁵ Désigne un modèle économique fondée essentiellement sur la rente minière et/ou pétrolière en délaissant ou ne développant les autres secteurs productifs de l'économie. Ce qui a comme conséquence, une économie non diversifiée et fragile. Presque tous les pays d'Afrique de l'ouest riches en ressources naturelles ont été victimes du syndrome hollandais Voir Rubbers B. « Les sociétés africaines face aux investissements miniers », pp.5-25 in Politique africaine « Micropolitiques du boom minier, Paris, éd. Karthala, 2013, p.13

¹⁵⁷⁶ Koffi Annan l'ancien SG de l'ONU- Avant- propos de la Convention des Nations-Unies contre la corruption, 2004- affirme que la « *corruption est un mal insidieux dont les effets sont aussi multiples que déléterés. Elle sape la démocratie et l'Etat de droit, entraine des violations des droits de l'homme, fausse le jeu des marchés, nuit à la qualité de la vie et crée un terrain propice à la criminalité organisée, au terrorisme et à d'autres phénomènes qui menacent l'humanité(...) La corruption est une des grandes causes des mauvais résultats économiques ; c'est aussi un obstacle de taille au développement et à l'atténuation de la pauvreté(...) » cité par Gueye (B.) « Développement, bonne gouvernance et lutte contre la corruption » pp.209-218 in SFDI Colloque de Lyon « Droit international et développement », Paris, éd. A. Pedone 2015 p.211, voir aussi Sinjela (M.) « La convention de l'UA sur la prévention et la lutte contre la corruption » pp.257-265 où l'auteur plaide pour un réel « *partenariat réunissant les pouvoirs publics et les sociétés civiles en vue d'assurer l'application effective de la Convention, à défaut de quoi celle-ci risque de demeurer un vœux pieux* », in « L'UA cadre juridique et institutionnel Manuel sur L'Organisation continentale » Sd. Abdulqawi A. Yusuf & Ouguerouz (F.), Paris, éd. A. Pedone 2013 p.265, voir aussi Sonko (O.) « *Pétrole et Gaz au Sénégal Chronique d'une spoliation* », Paris éd. Fauves éditions, 2017*

*des minerais vendus, similaires au « processus de Kimberley » pour les diamants, soient adoptés. »*¹⁵⁷⁷

719. L'énigme écueil qu'on peut relever et qui constitue un certain handicap à l'efficacité immédiat du mécanisme, c'est son caractère aérien. En effet, elle est imposée de l'extérieur par l'activisme des ONG en vue de lutter contre la grande corruption dans le secteur extractif africain. Mais ne prenne pas en compte les réalités administratives complexes, les blocages du pouvoir bureaucratiques et surtout le jeu des acteurs politiques et la complexité des systèmes politiques fondés sur la satisfaction de la clientèle à la base, mais surtout au sommet. Malgré une certaine limite dans son élan d'apporter plus de transparence à travers la traçabilité des recettes extractives, l'initiative a le mérite d'exister et à apporter une petite once de transparence dans les opérations minières en Afrique de l'Ouest qui en ont un besoin urgent. Dans le même contexte, il y a l'établissement du mécanisme de transparence sur les ressources extractives rares qu'est le protocole de Kimberley visant à réguler les investissements sur les ressources extractives.

2) Le mécanisme de transparence minière : le protocole de Kimberley

Cet instrument international vise la traçabilité et la certification des minerais extraits et vendues (a) ; il marque la volonté des N-U de lutter contre les minerais de guerre en Afrique (b).

a- L'exigence de traçabilité et de certification des minerais extraits et vendues

720. Dans le contexte communautaire de la CEDEAO, les ressources minières ont des caractéristiques particulières : elles ont toujours été un enjeu pour les firmes transnationales des pays développés en même temps qu'elles constituent des richesses alimentant les conflits civils de basse intensité en Afrique de l'ouest.¹⁵⁷⁸ D'où la volonté politique exprimée par les pays de la région d'inscrire les investissements portant sur les ressources minières stratégiques dans la transparence. C'est la raison pour laquelle, le processus de Kimberley a été initié pour plus de légalité et de traçabilité des minerais rares comme le diamant et les

¹⁵⁷⁷ Voir (M.) Kamto Droit international de la Gouvernance éd. A. Pedone –Paris 2013 p.222

¹⁵⁷⁸ Ce qu'il faut remarquer, c'est que les conflits en Afrique ne sont pas la plupart du temps pas étatiques, mais internes au pays. C'est le cas lors de la guerre civile au Libéria (1989-1997) entre l'armée gouvernementale du président Samuel Doe et les troupes rebelles de Charles Taylor chef du national patriotique front of liberia(NPFL). De même la Sierra Leone riche en ressources diamantifères a fait l'objet d'un conflit sanglant (1991-2002) dont l'enjeu majeur était le contrôle des minerais stratégiques diamantifères. Cette guerre qui n'est que la conséquence de la faillite de l'Etat Sierra leonnais opposait les troupes de ce dernier au x rebelles du Revolutionary United Front(RUF) de Fodé Sankoh. Ce conflit est à l'origine de l'appellation de « Diamant du sang » et à l'expérimentation pour la première fois dans le contexte africain du maintien de la force dans le cadre communautaire africain par le biais de colation militaire ECOMOG en vue de rétablir par la force de la légalité républicaine avec un soutien militaire apporté aux troupes gouvernementale par l'entremise du Nigéria et en Angola, la guerre civile entre le gouvernement du MPLA parti au pouvoir et l'UNITA de Jonas Savimbi avait pour moteur le contrôle des ressources diamantifères et qui servait en même temps une source de financement. Voir Ibrahim (Ab.) « *Between democracy and terror: the Sierra Leone civil war* », Dakar Council for the; development of social science recherche in Africa, 2004, 263 p.; voir aussi Bundu (A.)

pierres précieuses vecteurs de conflits civils¹⁵⁷⁹ Le processus innove beaucoup en ce qui concerne le processus de certification¹⁵⁸⁰ et un engagement en ce qui concerne le *commerce international de diamant brut*.¹⁵⁸¹

721. Le processus a joué un certain rôle dans l'établissement d'un modèle de gouvernance des ressources naturelles stratégiques. Le processus présente une particularité juridique : en effet, il ne s'agit pas d'un traité au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou un acte juridiquement contraignant en droit international, mais « *les participants à ce Processus ont estimé qu'il était nécessaire de satisfaire, à titre volontaire, les exigences minimales du Régime à l'échelle nationale et ont donc adopté les lois et/ou les actes exécutifs à cet effet.* »¹⁵⁸² La volonté de transparence, de certification et de nouvelle gouvernance des opérations minières portant sur les ressources stratégiques ont été intégrées dans les instruments juridiques internes de la part de certains pays d'Afrique de l'Ouest. Les nouveaux Codes miniers intègrent pleinement le dispositif de transparence et de certification¹⁵⁸³ du Processus à l'image de celui du Togo : « *Les importations et les exportations des chargements de diamants bruts sont réglementées selon les prescriptions suivantes :*

- *une certification dûment validé par l'autorité responsable de la direction générale des mines et de la géologie accompagne chaque chargement de diamants bruts vers un pays participants.*
- *un certificat dûment validé par l'autorité responsable est exigé pour chaque chargement de diamants bruts d'un pays participant. L'original du certificat doit être conservé pendant au mois trois(3) ans. Il peut être consulté à tout moment par les autorités responsables des importations et des exportations.* »¹⁵⁸⁴

722. Par conséquent, le commerce international licite de diamants bruts ne se fait que par les pays ayant adhéré au Processus de Kimberley. Dans les opérations minières, l'Afrique en

¹⁵⁷⁹ Le Préambule du Processus de Kimberley souligne : « *reconnaissant que le trafic des diamants de la guerre constitue une grave question internationale, qui a des rapports directs avec le financement des conflits armés, les activités des mouvements rebelles cherchant à ébranler ou à renverser des gouvernements légitimes et le trafic illicite et la prolifération des armes, en particulier des armes petites et légères.* »

¹⁵⁸⁰ Section II du processus qui stipule que chaque participant doit s'assurer « *qu'un certificat du Processus de Kimberley accompagne chaque chargement de diamants bruts destinés à l'exportation* »

¹⁵⁸¹ Ici la volonté de transparence exposée par la Section III du Protocole apparaît : c'est-à-dire la nécessité de « *certification dûment validée pour les diamants bruts exportés(a), la nécessité de certification pour les diamants bruts importés(b) et s'assurer qu'un chargement de diamants bruts n'est exporté vers un pays non participant du Processus (c)* » Voir aussi Nations-Unies Résolution A/RES/56/263 adoptée par l'AG (cinquante-sixième session point 37 de l'ordre du jour « Le rôle des diamants dans les conflits : briser le lien entre le négoce illicite des diamants bruts et les conflits armés afin de contribuer à la prévention et au règlement des conflits » 96^e séance plénière 13 mars 2002

¹⁵⁸² Voir (M.) Kamto ibid p.93 p.223

¹⁵⁸³ Le certificat du processus de Kimberley est défini par l'instrument juridique interne relatif aux mines comme : « *document infalsifiable qui certifie que le chargement de diamants bruts est conforme aux exigences du système de délivrance de certificats.* » Voir article 4 nouveau al.29 de la Loi n°2003-12 du 14 octobre 2003 modifiant et complétant la loi n°96-004 du 26 février 1996 portant Code minier de la République togolaise

¹⁵⁸⁴ De même « *l'importateur est tenu d'envoyer, dans les plus brefs délais aux autorités d'exportation compétentes, une confirmation de réception indiquant le numéro du certificat, le nombre de lots, le poids carats et les identités de l'importateur et de l'exportateur.* » Voir article 45 bis de la Loi n°2003-12 du 14 octobre 2003 modifiant et complétant la loi n°96-004 du 26 février 1996 portant Code minier de la République togolaise au Journal Officiel de la République togolaise du 14 octobre 2003 extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/tog85357.pdf

général et surtout l'Afrique de l'Ouest en particulier a toujours été confrontée à une gouvernance défailante et ineffective touchant les minerais stratégiques. C'est la raison pour laquelle, certains pays innovent dans leurs instruments juridiques internes en accordant une certaine spécificité à des minerais considérés comme d'une importance majeure et spécifique. La Côte d'Ivoire prévoyant une disposition particulière de traçabilité et de transparence réservée aux diamants bruts¹⁵⁸⁵ et à l'Or¹⁵⁸⁶ dans des termes identiques. La philosophie de transparence dans les opérations sur certains minerais montre une volonté de l'Onu de lutter contre les minerais alimentant les conflits civils en Afrique.

b- La volonté de lutter contre les minerais de guerre en Afrique

723. Le contexte de certification, de transparence et de lutte contre les divers trafics de minerais en Afrique était marqué par l'existence de foyers de conflits très ardents en Afrique.¹⁵⁸⁷ En réponse à cette conflictualité très élevée, le Conseil de sécurité des Nations-Unies a eu à imposer des embargos sur les diamants contre des mouvements rebelles en lutte contre les gouvernements.¹⁵⁸⁸ Dans le cadre d'un pays comme la Côte d'Ivoire, le Conseil de sécurité Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations-Unies : « 6. *Décide que tous les États doivent prendre les mesures nécessaires pour interdire l'importation sur leur territoire de tous les diamants bruts en provenance de Côte d'Ivoire, se félicite des mesures adoptées à cette fin par les participants au système de certification du Processus de Kimberley, et prie les États de la région qui ne participent pas au Processus de Kimberley, d'intensifier leurs efforts en vue d'y adhérer et de renforcer ainsi l'efficacité de la*

¹⁵⁸⁵ Le Processus de Kimberley est devenu un instrument et une mesure de conformité des ressources stratégiques nationales : « *La production, la détention, le transport, le commerce et la transformation, ainsi que toutes transactions ayant pour objet des diamants bruts sont soumis aux normes du Système de Certification du Processus de Kimberley* » voir article 100 de la Loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier de la Côte d'Ivoire

¹⁵⁸⁶ L'or est considéré comme une substance stratégique raison pour les transactions portant sur cette matière font intervenir le pouvoir réglementaire spécifique, ainsi : « *La détention, le transport, le commerce et la transformation, ainsi que toutes transactions ayant pour objet l'or brut et les matières d'or sont soumis à autorisations dont les modalités sont fixées par décret.* » article 104 Ibid

¹⁵⁸⁷ « *Entre 1989 et 2009, l'Afrique subsaharienne a été le théâtre de 271 conflits non étatiques qui ont fait de très nombreux victimes* » Voir rapport de la BAD Groupe de haut niveau sur les États fragiles intitulé « *Mettre fin aux conflits et consolider la paix en Afrique : un appel à l'action* » janvier 2014, 42p. p.11 au : https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Project-and-Operations/Mettre_fin_aux_Conflits_et_consolider_la_paix_en_afrique_Un_appel_à_l'action.pdf consulté le 14 mars 2018

¹⁵⁸⁸ Pour freiner les ressources de ces mouvements financiers de ces mouvements réguliers, « *Le Conseil de sécurité de l'ONU a imposé des sanctions ciblées contre les rebelles du RUF en Sierra Leone et leurs alliés du Libéria ainsi que contre l'opposition armée angolaise de l'UNITA qui a finalement déposé les armes et signé, en avril 2002, un accord de cessez-le-feu avec les forces gouvernementales. Ce modèle a été repris en 2000 dans le cas de la Sierra Leone, le Conseil de sécurité ayant imposé des sanctions sur l'importation et l'exportation des diamants bruts de Sierra Leone, sauf s'ils étaient assortis d'un certificat d'origine de ce pays. Des sanctions du même ordre furent subséquemment imposées au Libéria, en 2001. C'est également sur la base de ce processus que l'Union européenne a décidé, par exemple, un embargo sur les diamants de Côte d'Ivoire par son règlement(CE) n°2368/2002.* » Voir (M.) Kamto ibid p.226 op.cit. p.222

surveillance des importations de diamants bruts en provenance de la Côte d'Ivoire. »¹⁵⁸⁹ Le contrôle concerne aussi tous les États limitrophes ou de la sous région concernée ne serait que pour l'efficacité des mesures prises en l'encontre des belligérants.¹⁵⁹⁰ Les États participants doivent assurer un contrôle interne selon le Processus de Kimberley chaque participant doit : « a) créer un système de contrôles internes visant à éliminer les diamants bruts de la Guerre des chargements de diamants bruts qui sont importés dans son territoire ou qui en sont exportés ; b) désigner une autorité ou des autorités responsables des importations et des exportations ; c) s'assurer que les diamants bruts sont importés et exportés dans des conteneurs inviolables ; d) selon les besoins, modifier ou adopter des lois ou règlements nécessaires à la mise en œuvre du système de certification et à l'application de sanctions dissuasives et proportionnées en cas de violation... ; »¹⁵⁹¹.

724. L'échange d'informations automatiques et la coopération entre administrations de pays participants sont au cœur du Processus.¹⁵⁹² Le Processus a apporté pas mal d'avancées dans les opérations minières portant sur les ressources stratégiques en Afrique de l'Ouest : elle a permis d'informer davantage et de renforcer les capacités des administrations publiques compétentes des pays de la sous- région en matière de contrôle, de suivi et surtout de mettre fin au pillage systématique des pierres précieuses qui ont toujours alimenté les conflits notamment le cas de la Sierra Leone et du Libéria, ensuite, la certification apportées à la commercialisation des diamants bruts a permis d'enrayer le trafic international et augmentant par conséquent les revenus budgétaires des États d'Afrique producteurs et enfin, l'initiative de transparence fait partie des instruments juridiques miniers nationaux des États d'Afrique de l'Ouest et même au delà en guise de conformité¹⁵⁹³. Point de vue optimiste que ne partage pas un auteur.¹⁵⁹⁴ En vue d'avoir un environnement juridique d'investissement de haut niveau en conformité avec les meilleures pratiques sécuritaire au niveau international et annihiler la concurrence ruineuse, les pays de la sous-région doivent aller vers l'uniformisation seule gage pour une protection entière et globale et profitable des investissements.

¹⁵⁸⁹ Voir N-U Conseil de sécurité S/RES/1643(2005) Adoptée par le C.S. à sa 5327^e Séance le 15 décembre 2005 § 6. [www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1643\(2005\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1643(2005)) consulté le 15 mars 2018

¹⁵⁹⁰ Le paragraphe 7 « Prie tous les États concernés et particulièrement ceux de la région, de présenter au comité dans les 90 jours suivant l'adoption de la présente résolution, un rapport sur les dispositions qu'ils auront prises pour appliquer les mesures imposées...et autorise le comité à démonter toute information qu'il juge nécessaire. » Ibid

¹⁵⁹¹ Voir Section IV « Contrôles internes » du Processus de Kimberley Mai 2000 au <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2003/3333.pdf> consulté le 20 mars 2018

¹⁵⁹² Section V du Processus invite les États participants au Processus à un échange régulier de renseignements, d'informations sur les règlements, pratiques et procédures du système de certification sur leur territoire

¹⁵⁹³ Voir l'implication des Nations-Unies en réaction aux conflits armés en Angola surtout la seconde guerre civile (de 1992 -2002), au Libéria (1989-1997), en Sierra Leone (1991-2002) par la Résolution adoptée par l'AGNU : A/RES/56/263 intitulée « Le rôle des diamants dans les conflits : briser le lien entre le négoce illicite des diamants bruts et les conflits armés afin de contribuer à la prévention et au règlement des conflits » 96^e séance plénière 13 mars 2002 op cit.p.9

¹⁵⁹⁴ Le professeur Maurice Kamto pour qui « Le Processus de Kimberley a été impuissant à empêcher le commerce des diamants du sang en Côte d'Ivoire, et qu'il n'a pas fait montre d'un effort particulier pour vérifier la production diamantaire de la Guinée voisine(avant l'avènement d'un Gouvernement démocratiquement élu) qui s'est accrue de façon vertigineuse entre 2007 et 2009. On a parlé d'un accroissement de 600%. » Voir M. Kamto p.227 op cit. 226

Section 2 : Le caractère substantiel et prospectif de la protection : vers un Code communautaire des investissements

725. Le projet de mise d'un Code communautaire des investissements traduit l'émergence d'un *lex africanae* des investissements étrangers.¹⁵⁹⁵ Dans le cadre de ce projet, il y a un dépassement de l'harmonisation pour aboutir à une uniformisation des règles de la protection. Cela a pour objectif d'atteindre un haut niveau de protection de l'investissement dans le contexte communautaire africain. Le Code répond à la situation spécifique du continent et ses attentes en matière d'investissements. Il faut dire que cette volonté cette frénésie dans l'adoption d'instrument régionaux de protection des investissements traduit le dynamisme du droit régional africain relatif aux investissements¹⁵⁹⁶, mais aussi et surtout les limites des instruments internes relatifs aux investissements L'Afrique de l'Ouest s'apprête à aller loin dans la politique juridique de traitement et de protection des investissements par l'adoption d'un texte unique fédérateur.¹⁵⁹⁷ L'Union Africaine dans un cadre continental a mis sur pied un instrument juridique englobant tout le continent.

726. Il s'agit du Code panafricain d'investissements qui dispose que : « *L'objectif du présent Code 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.* »¹⁵⁹⁸ La tendance communautariste du binôme promotion et protection touche pratiquement toutes les Régions du monde¹⁵⁹⁹. Elle s'explique par le souci - de correction de l'unilatéralité des avantages octroyés en faveurs des investisseurs- d'accorder de la réciprocité des avantages par la protection et des États d'accueil et les investisseurs. L'émergence de la Code communautaire des investissements traduit la marque de la prise de conscience des limites objectives des réglementations unilatérales nationales sur le plan de la protection (§1), par la concurrence ruineuse sur le plan fiscal entre les États de la sous région CEDEAO (§2).

¹⁵⁹⁵ Le principe du dépassement de l'harmonisation afin d'aller vers une uniformisation du cadre législatif et réglementaire des investissements a été posé déjà par le traité fondateur de la CEDEAO qui dans ses buts et objectifs disposé de la nécessité de : « *l'harmonisation des codes nationaux des investissements aboutissant à l'adoption d'un code communautaire des investissements* » voir article 3 du traité de la CEDEAO signé à Lagos le 28 mai 1975 et modifié à Cotonou le 23 juillet 1993, voir aussi UA Département des Affaires économiques Code panfricain d'investissement Décembre 2016

¹⁵⁹⁶ L'investissement étranger, mais aussi communautaire est considéré comme le moteur de l'intégration économique dans les différentes sous région africaine. Raison pour laquelle, la plupart des Organisations d'intégration africaine en font cas et prévoit un cadre normatif à cet effet : en Afrique de l'Est il y a un « Accord d'investissement pour le marché commun du COMESA Investment Agreement for the Common market for Eastern and Southern Africa(COMESA) Common investment Area, 2007 et même en dehors de l'Afrique, notamment en Asie « Accord global d'investissement et de l'Association des Nations de l'Asie du Sud Est/Asean Comprehensive Investment Agreement, 2009 cité par Nikiéma H. Suzy p.349 ouvrage sur « *l'expropriation indirecte en droit international des investissements* »s précité

¹⁵⁹⁷ Une telle initiative est envisagée à moyen et long terme, mais pour l'instant, elle est à l'état de projet.

¹⁵⁹⁸ Voir article 1 du Code panafricain d'investissement, Décembre 2016 Commission de l'Union Africaine Département des affaires économiques liens : https://au-int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf consulté le 20 mars 2018

¹⁵⁹⁹ Voir l'ouvrage « *vers une lexmediterranea des investissements* » Sd de Filali Osman, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016

KK- Paragraphe 1 : La marque de la prise de conscience des limites objectives des réglementations unilatérales nationales en matière de protection

La sécurité juridique des investissements étrangers assurée dans les cadres nationaux est devenue ineffective. Du fait de la concurrence ruineuse entre les États et déséquilibre manifeste des droits et des obligations. C'est la raison pour laquelle, l'enjeu du Code communautaires des investissements, est d'instaurer un régime de protection non discriminatoire à travers : la sécurisation globale des investissements étrangers au plan juridique (A), et par le renforcement des obligations pesant sur les investisseurs (B).

A : La sécurisation juridique globale des investissements

C'est une forme de sécurité qui se traduit par l'instauration de règles et de hautes normes de protection (1), et par l'interdiction des discriminations envers les investissements (2).

1) Par l'instauration de règles et de hautes normes de protection

727. La sécurité juridique des investissements étrangers est confrontée à plusieurs obstacles en dans les pays d'Afrique de l'Ouest : la mauvaise régulation juridique,¹⁶⁰⁰ l'environnement judiciaire peu sécurisant¹⁶⁰¹ pour les investisseurs à travers « le changement brusque et déroutant des textes régissant l'investissement »¹⁶⁰² et surtout l'interprétation et l'exécution des lois de la part des administrations publiques.¹⁶⁰³ La conséquence de tout cela est le niveau faible de protection des investissements étrangers dans ces pays. C'est la raison pour laquelle, un environnement juridique en conformité avec les hautes pratiques au niveau international s'impose pour espérer protéger et profiter ainsi des implantations d'entreprises étrangères et communautaires dans cette partie du continent. C'est pourquoi, le souci de protection de haut

¹⁶⁰⁰ Notamment sécurité juridique face aux risques de discrimination. Cette question touche les pratiques d'investissement en amont (facilité dans l'octroi d'agrément, suivi des investissements par les administrations), mais surtout l'aval des investissements c'est-à-dire le cadre institutionnel, sectoriel et spécialisé qui contrôle les activités pratiques des investisseurs étrangers et communautaires par le biais de la régulation. Le modèle de régulation sectoriel pose doublement problème : d'une part, c'est la faible capacité et compétence pointues en matière de ressources humaines pour un contrôle efficace exemple des services, secteur des Télécom et les activités bancaires et extractives ; d'autre part, c'est le fort risque de discrimination et de pratiques arbitraires dont les investisseurs étrangers peuvent être victimes- forte amende frisant l'expropriation implicite, sanctions non proportionnées aux actes commis ou retrait d'autorisation d'exercer etc.

¹⁶⁰¹ Un environnement judiciaire sécurisant se distingue par une justice aux pratiques non discriminatoires entre investisseurs et surtout le traitement approprié et diligent des différends. Sitti anani l'évoque en ces termes : « *La sécurité judiciaire des affaires est la quiétude, l'assurance que procure une justice équitable, rapide et sure en cas de différends relatifs aux investissements, aux affaires, au commerce, aux contrats, etc* »

¹⁶⁰² Voir Sitti Anani E. « *Investir en Afrique pour gagner L'entreprise africaine et la mondialisation* », Paris, éd. L'Harmattan p.101 ouvrage précité.

¹⁶⁰³ Allusion à la bureaucratie étouffante, à la paperasse et surtout à la volonté manifeste ou non de faire traîner les dossiers d'investissement sous leur compétence. Les pouvoirs publics africains au plus haut niveau essayent de remédier à ça par des réformes en profondeur comme l'instauration des « *Guichets uniques* » en vue du traitement efficace et rapide des dossiers d'investissement (voir titre 4 : chapitre, section 2 de la deuxième partie)

niveau invite à abandonner une vision de la protection fondée sur l'harmonisation en vue d'une vision fondée sur l'uniformisation.¹⁶⁰⁴

728. L'entreprise d'uniformisation des règles d'investissement n'est jamais simple dans la mesure, où, ce droit est particulier et atypique pour plusieurs raisons : l'absence d'une convention multilatérale universelle générale relative à l'investissement notamment *l'échec de l'AMI*,¹⁶⁰⁵ par la persistance du déséquilibre des obligations entre acteurs¹⁶⁰⁶ et la difficulté à consacrer un régime juridique de règlement des différends consensuel et accepté.¹⁶⁰⁷ Pour atténuer considérablement ou résoudre définitivement ces problèmes liés à la protection, il est consacré le modèle de Code sous régional¹⁶⁰⁸ et surtout régional panafricain de protection des investissements. Dans le cadre continental, l'Union Africaine a élaboré un modèle de texte avec la volonté d'accorder une protection pleine et entière à l'investisseur avec l'objectif d'assurer le *développement durable*.¹⁶⁰⁹ Cet instrument continental a instauré des normes de traitement de l'investisseur et de l'investissement très protectrices qui vont de *l'admission et l'établissement*¹⁶¹⁰, *incitation et soutien aux investissements*¹⁶¹¹. De même dans cette volonté

¹⁶⁰⁴ L'uniformisation est un concept beaucoup plus audacieuse par ce que nécessitant l'existence à terme d'un seul ordre de juridiction qui est l'ordre communautaire. Alors que l'harmonisation semble être une coordination des volontés étatiques en vue d'un objectif commun ici qu'est l'intégration économique à travers l'investissement. Commentant l'article les 63 articles sur les actes uniformes OHADA, les professeurs Babacar Gueye et Seydou Nourou Tall font une distinction entre les deux concepts : « *l'harmonisation s'analyse comme la coordination des systèmes juridiques différents dans le but de réduire ces différences pour atteindre des objectifs communs* », en réalité « *diffère de l'uniformisation c'est-à-dire l'instauration dans une matière juridique donnée des règles identiques, pour tous les États membres, et incorporées à des droits nationaux différents* » et également « *se distingue aussi de l'unification qui consiste en l'instauration de règles identiques appartenant à un droit communautaire unique.* » Voir Gueye (B.) & Tall S-N « OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd.2008, p.p. 31-62 cité par Bille- Doumbe S. « A propos de la nature de l'OHADA » Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh « *Droit, liberté, paix, développmeent* », Paris éd. A. Pedone 2011 p.424

¹⁶⁰⁵ Voir Juillard (P.) « A propos du décès de l'A.M.I. » AFDI 1998 pp.595-612

¹⁶⁰⁶ Voir Cuendet-Robert S. « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », RGDIP 2016-3 pp.545-578

¹⁶⁰⁷ Voir Hamida Ben W. « L'arbitrage Etat-Investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », AFDI 2005 p.p. 564-602

¹⁶⁰⁸ La CEDEAO une des cinq organisations sous régionales reconnues par l'UA a élaboré un droit régional dérivé des investissements de plus en plus étoffé au plan général- avec l' « Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO » Fait à Abuja le 19 décembre 2008-, au sectoriel sur le plan des investissements extractifs : le « Protocole A/04/1/03 de la CEDEAO sur l'énergie » Fait à Abuja octobre 2002 ; puis la « Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des Principes Directeurs et des politiques dans le secteur minier » Fait à Abuja, 26-27 mai 2009 ; « Acte Additionnel A/SA.16/02/12 portant adoption de la politique de développement des ressources minérales de la CEDEAO (PDRMC) », Fait à Abuja, 16-17 février 2012.

¹⁶⁰⁹ Avec pour « *L'objectif du présent Code 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 e est réalisé.* » voir -Commission de l'Union Africaine (Département des Affaires économiques) Projet, décembre 2016 -article 1 du Projet Code Panafricain d'investissements disponible sur https://au-int/sites/default/files/documents/32844-doc-projet_Code_panafricain_dinvestissement_decembre_2016.pdf

¹⁶¹⁰ Sur ce point, invite est faite à « *1. Chaque État membre promeut, encourage et facilite les investissements sur son territoire, et admet ces investissements conformément à sa législation et à sa réglementation. 2. Chaque État membre accorde aux investisseurs les droits d'entrée et d'établissement, conformément à sa législation et à sa réglementation, dans le but d'encourager la libre circulation des investissements dans la région.* » Voir article 5 Code Panafricain d'investissements Commission de l'UA (Département des affaires économiques) Décembre 2016

d'avoir un régime de protection globale efficace et non discriminatoire : l'instrument panafricain a consacré les clauses classiques du droit international des investissements il s'agit du traitement de la nation la plus favorisée¹⁶¹² et du traitement national.¹⁶¹³

729. Les règles de protection de cet instrument pionnier doivent être transposées dans les droits nationaux des États membres : « La Commission de l'UA identifie et élabore les mécanismes appropriés afin d'assister les États membres à transposer les règles édictées par le présent Code dans leur droit national et les accords internationaux d'investissement »¹⁶¹⁴

¹⁶¹¹ Sur ce point « 1. Les États membres peuvent mettre en place des mesures incitatives pour attirer des investissements. Ces incitations peuvent notamment inclure :

- a) des incitations financières sous forme d'assurance des investissements, subventions ou prêts à taux réduits ;
- b) des avantages fiscaux tels que des exonérations d'impôt, le statut d'industrie pionnière, et des taux d'imposition réduits ;
- c) des subventions aux infrastructures ou services et des préférences commerciales ;
- d) des incitations axées sur le développement, encourageant des régimes commerciaux préférentiels et des investisseurs spécifiques dans la région ;
- e) des incitations en matière d'assistance technique et de transfert de technologie ;
- f) des garanties d'investissement.

2. Les États membres peuvent harmoniser les incitations aux investissements qui représentent pour eux un intérêt un intérêt stratégique ou qui sont prévues par les organes compétents de l'Union Africaine. Les États membres peuvent harmoniser les incitations conformément aux normes prescrites de temps en temps par les organes compétents de l'Union Africaine. » Voir article 6 Ibid

¹⁶¹² La disposition relative au traitement de la Nation la plus favorisée après avoir rappelé la signification classique du Principe innove à travers le concept « circonstances analogues : « 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, aux investisseurs de tout autre État membre ou pays tiers eu égard à la gestion, la direction, l'exploitation, l'expansion et la vente ou autre cession d'investissement. 3. Le concept de « circonstances analogues » requiert 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 le patrimoine commun de l'humanité ;
- c) le secteur dans lequel l'investisseur opère ;
- d) le but de la mesure en question ;
- e) le processus réglementaire généralement appliqué par rapport à la mesure en question ;
- f) la taille de l'entreprise ;
- g) d'autres facteurs directement liés à l'investissement ou à l'investisseur par rapport à la mesure en cause. » Voir article 7 Ibid

¹⁶¹³ En droit international des investissements au plan bilatéral et multilatéral : le principe du traitement veut un traitement identique entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers. Toutefois, contrairement aux TBI signés par les pays d'Afrique de l'Ouest où les exceptions sont évoquées de façon laconique, l'instrument juridique panafricain consacre le concept de « circonstances analogues en la détaillant, Il : « exige un examen global, au cas par cas des circonstances des 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 le patrimoine commun de l'humanité ;
- c) le secteur dans lequel l'investisseur est actif ;
- d) le but de la mesure en question ;
- e) le processus réglementaire généralement appliqué par rapport à la mesure en question ;
- f) la taille de l'entreprise ; et
- g) d'autres facteurs directement liés à l'investissement ou à l'investisseur par rapport à la mesure en cause. » Voir article 9 Ibid

¹⁶¹⁴ Article 50 « mise en œuvre » du Code Panafricain d'investissement Commission de l'UA Département des Affaires économiques, décembre 2016

L'instrument panafricain de protection n'est qu'une suite logique du modèle de sécurisation consacré par les classiques instruments bilatéraux¹⁶¹⁵ et surtout la jurisprudence arbitrale qui a été d'un grand apport à travers la consécration et la précision des règles, principes et normes relatives à la protection des investissements et des investisseurs.¹⁶¹⁶ La communautarisation voire la continentalisation de la protection marque et illustre le triomphe de la protection standard au quelle les investisseurs étrangers ont droit dans les environnements réglementaires et institutionnels comme ceux d'Afrique où le traitement de l'investissement a toujours été pour le moins précaire.

730. Par conséquent, l'instauration de hautes normes est une volonté d'accorder les meilleurs traitements sécuritaires dont espèrent bénéficier les entreprises qui s'implantent dans les pays d'Afrique de l'Ouest¹⁶¹⁷. Les normes dont il s'agit ici seront les normes prévues et consacrées par le droit international des investissements. Dans le cadre d'un futur instrument communautaire, elles ne seront plus d'application lacunaire dans des espaces nationaux, mais dans un cadre communautaire où leur application consiste à ne léser aucun acteur des investissements étrangers et communautaires. La protection par la consécration de hautes normes ne se complète pas l'interdiction des discriminations envers les investissements et les investisseurs étrangers.

2) Par l'interdiction des discriminations envers les investissements

731. Le principe relatif au non discrimination présente en droit international des investissements un double intérêt : il est à la fois le moteur la pierre angulaire de ce droit¹⁶¹⁸ et en même temps le symbole des divergences et parfois du déséquilibre entre les États d'accueil et les investisseurs étrangers.¹⁶¹⁹ L'absence de protection du fait des pratiques

¹⁶¹⁵ Les pays d'Afrique de l'ouest ont largement souscrit à ce modèle bilatérale international de protection de l'investissement en signant de nombreux TBI. Voir à ce propos le titre 2 chapitre 2 de la première partie l'analyse faite du modèle deprotection par les TBI dans les pays d'Afrique de l'ouest.

¹⁶¹⁶ L'arbitrage institutionnel contemporain a té d'un apport sécuritaire non négligeable envers les investisseurs étrangers : d'abord par le biais de la Convention pionnière de Washington, un instrument multilatérale qui pour la première reconnait à la personne privée le droit d'ester en justice dans la procédure arbitrale pour contester la décision d'un gouvernement d'un pays d'accueil ; ensuite par sa jurisprudence sur la définition de l'investissement « Salini Test », par sa jurisprudence arrive à donner une précision aux règles, principes et normes du droit international des investissements étrangers. Voir Manciaux (S.) « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États Trente années d'activité du CIRDI » préface de Philippe Kahn, Paris éd. LItéc 2004 ; Voir aussi « CIRDI 45 ans après bilan d'un système » Sd de Horchani (F.)- Actes du colloque de Tunis 11, 12 et 13 mars 2010 – Paris éd. A. Pedone 2011

¹⁶¹⁷ La protection dont il s'agit ici doit toucher tous les investisseurs quelques soient leur statut. Cela mérite d'être souligné, car quand on parle d'investisseurs on fait souvent et toujours allusion aux investisseurs venant de l'extérieur du contient. Alors qu'il y a beaucoup d'investissements et d'investisseurs intra-africains.

¹⁶¹⁸ Voir De Nanteuil (A.) « *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement* », Paris éd. A. Pedone 2014 ; voir aussi « Les Techniques conventionnelles du droit international des investissements » RGDIP 2015-1 pp.7-215

¹⁶¹⁹ « même si c'est l'Etat qui doit accorder le traitement juste et équitable. C'est l'Etat qui doit garantir la protection et la sécurité, s'interdire les discriminations et compenser l'investisseur en cas d'expropriation » La difficulté vienne du fait que maintenant -selon Philippe Fouchard – de « *L'Etat qui est maintenant en position d'infériorité dans le contentieux économique transnational. Au nom de la liberté et de la protection de l'investissement international, le balancier est passé de l'autre coté* » Voir Hamida-Ben (W.) « L'Etat partie faible » pp.11-17 in « Arbitrage et partie faible » Colloque du 9 mai 2016, JDI 2017-1, p.12

discriminatoires envers les investisseurs de la part des pays d'Afrique de l'Ouest a fait pas mal de sanctions de la jurisprudence arbitrale.¹⁶²⁰ Le principe relatif à l'interdiction des pratiques discriminatoires a connu des mutations considérables : il est passé de l'interdiction des nationalisations discriminatoires sans indemnisations,¹⁶²¹ pratique révolue dans le nouveau contexte de la protection, à l'interdiction des nationalisations implicites, pratiques courantes mais difficiles à identifier dans la pratique des investissements actuellement.¹⁶²²

732. Actuellement, dans la pratique contemporaine des investissements, les pays africains prennent des mesures engageant leur responsabilité pour des pratiques d'expropriation indirecte relatifs à l'occupation de l'usine par l'armée¹⁶²³, pour défaut de permis de construire suivi de destruction de *biens et des bâtiments construits*¹⁶²⁴ à l'*occupation physique de l'entreprise investissant sur place*¹⁶²⁵ à l'*occupation physique des terres avec violence* comme au Zimbabwe¹⁶²⁶ et la prise de *mesures rendant l'investissement inutile par la modification unilatérale du contrat de concession équivalent à une nationalisation déguisée*.¹⁶²⁷ Le phénomène des expropriations version ancienne et surtout moderne est prise en compte par les textes africains relatifs aux investissements qui accorde une protection accrue à

¹⁶²⁰ Voir CIRDI Adriano Gardella SpA c. République de Cote d'Ivoire aff. N°ARB/74/1, sentence du 29 aout 1977 ; voir aussi CIRDI Agip SpA c. Congo aff.N°ARB/77/1 sentence du 30 novembre 1979 « condamnation du Congo à octroyer diverses indemnités à l'investisseur étranger 20 millions de francs français » voir CIRDI Soabi c. République du Sénégal aff.N°ARB/82/1, sentence du 25 février 1988 « *condamnation prononcée contre le Sénégal pour avoir résilié unilatéralement un contrat de construction de 15 000 logements* » ; Voir aussi les affaires relatives à la faible protection contractuelle CIRDI Atlantic Triton Co.Ltd c. République de Guinée aff.N°ARB/84/1 sentence du 14 janvier 1986 contrat résilié « condamnation de la République de Guinée à réparer le préjudice avec octroi de 100.000 \$ à l'investisseur » voir CIRDI Monsieur Joseph Houben c. La République du Burundi aff. N°ARB/13/17, sentence du 12 janvier 2016 reconnaît que « *l'investisseur a fait l'objet d'une mesure d'expropriation indirecte du fait de la privation d'une partie substantielle de son investissement* »

¹⁶²¹ Voir Ce genre de pratiques correspond à une époque et des conceptions idéologiques qui ne sont plus de admises. Les Textes nouveaux que ça soit au plan national- les Codes d'investissement- ou au plan conventionnel bilatéral, comme l'article 6 du TBI entre la France et le Sénégal en dispose : « *Toute les mesures de dépossession qui pourraient être prise doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, égal à la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieur à toute menace de dépossession.* » signé à Dakar, le 26 juillet 2007 , et international sectoriel prohibent et interdisent l'atteinte au droit de propriété sans un juste et préalable indemnisation.

¹⁶²² Voir CIRDI Monsieur Joseph Houben c. La République du Burundi aff.N°ARB/13/17 sentence du janvier 2016 re connaissant l'expropriation indirecte dès lors que « *l'investisseur étranger est privé d'une partie substantielle de son investissement* », voir les études doctrinales sur la question Nikiema H.S. « *L'expropriation indirecte en droit international des investissements* », Paris éd. PUF, 2012 ; voir aussi De Nanteuil A. « *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement* », Paris éd. A. Pedone 2014

¹⁶²³ Voir CIRDI, Benvenuti & Bonfant c. République populaire du Congo, aff.N°ARB/77/2, sentence du 8 aout 1980

¹⁶²⁴ Voir, Biloune et Marine Drive complexe LTD c. Centre d'investissement du Ghana rty Gouvernement du Ghana, sentence du 27 octobre 1989 ILR, vol.95, 1990

¹⁶²⁵ Voir CIRDI, Biwater Gauff LTD c. Tanzanie, aff. N° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008 ; voir aussi CIRDI, American manufacturing & Trading Inc c. Zaire aff.N°ARB/93/1 sentence du 2 février 1993

¹⁶²⁶ Voir CIRDI, Funnekotters & al. C. Zimbabwe aff. N°ARB/05/6 sentence du 29 avril 2009 relative à l'expropriation de terres agricoles en vue de la redistribution sans indemnisation en violation du TBI entre le Zimbabwe et les Pays-Bas. Le Tribunal arbitral conclut à la violation de l'article 6 interdisant les expropriations sans indemnisation. La particularité de la sentence, c'est que le Zimbabwe a refusé de s'y conformer.

¹⁶²⁷ Voir CIRDI Letco c. Liberia aff.N°ARB/83/2 sentence du 31 mars 1986

l'investisseur¹⁶²⁸. Toutefois, le texte panafricain innove en prévoyant des exceptions notables à des pratiques courantes relevant de la souveraineté interne des Etats-comme la santé, la sécurité et les problèmes relevant de l'environnement- qu'on ne peut qualifier de pratiques d'expropriation indirecte¹⁶²⁹.

733. Comme les pratiques de nationalisation (explicites ou implicites) posent des problématiques financières lancinantes en aval, il est prévu un mécanisme en conformité avec les meilleures pratiques internationalement admises pour permettre à l'investisseur d'être indemnisé intégralement à la juste valeur de son investissement¹⁶³⁰. Comme on ne peut dans un continent comme l'Afrique, particulièrement dans sa partie ouest, évoquer la protection des investissements sans faire allusion au risque-pays, l'instrument juridique panafricain prévoit les situations *de guerre et troubles civils*¹⁶³¹. L'interdiction des pratiques discriminatoires concernent aussi la prévention contre le risque de change pouvant affecter à travers une autorisation en bonne et due forme des transfert de fond sous réserve cependant de *leur législation nationale*.¹⁶³² Dans le cadre de cette « nouvelle protection » initié par ce texte, il ne s'agit pas d'avoir une conception déséquilibrée en d'autres termes ultra sécuritaire pour et au profit uniquement de l'investisseur étranger et de son investissement, mais il s'agit aussi de préserver les attentes légitimes des États pour la protection globale en prévoyant des exceptions générales.

734. La protection des investissements étrangers exige la prohibition des pratiques discriminatoires dont les entreprises étrangères peuvent être victimes du fait des actions ou omissions des autorités du pays d'accueil. Le modèle de protection de « troisième génération » initié par les instruments régionaux et sous régionaux d'uniformisation est assorti d'importantes exceptions.¹⁶³³ . Devant la cherté, la complexité et la longueur de la procédure, les pays d'Afrique attirés à l'arbitrage gagneraient à régler les litiges pendants à l'amiable¹⁶³⁴

¹⁶²⁸ Article 11 Code panafricain d'investissement Commission de l'UA Département des Affaires économiques, Décembre 2016

¹⁶²⁹ Article 11 al.3 dispose : « *Toute mesure réglementaire non-discriminatoire prise par un État membre, conçue et appliquée en vue de protéger ou d'atteindre des objectifs légitimes de bien-être public comme la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constitue pas une expropriation indirecte au titre du présent Code.* »

Ibid

¹⁶³⁰ Article 12 du Code Panafricain dispose al.1 « *L'indemnisation appropriée est normalement évaluée par rapport à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié immédiatement avant la date d'expropriation et elle ne tiendra compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue.* »

¹⁶³¹ Voir article 13 « *Les investisseurs qui subissent sur le territoire d'un État membre un préjudice en rapport avec leurs investissements à la suite du déclenchement d'hostilité ou d'un état d'urgence nationale, tel qu'une révolte, une insurrection ou des émeutes, se verront accorder un traitement non-discriminatoire ...notamment la restitution, l'indemnisation..* » ibid

¹⁶³² Voir article 15 Ibid

¹⁶³³ Voir article 16 pose le principe des « *exceptions aux transferts de fonds* », article 17 exception liée aux « *Prescription de résultats* », article 18 stipule les exceptions liées aux « *listes des secteurs d'investissement programmés* ». Ces exceptions rarement prévues par les instruments internes relatifs aux investissements des pays d'Afrique de l'ouest et les TBI signés par ces dits pays sont insérées par l'instrument continental

¹⁶³⁴ Il y a pas mal d'affaires d'arbitrage CIRDI qui ont été réglées grâce au procédé à l'amiable. Le Gabon l'a fait dans un litige avec une compagnie française CIRDI Gabon c.Société Seydou aff.N°ARB/76/1 solution amiable trouvée entre les deux parties le 27 février 1978 ; voir aussi l'affaire opposant le Nigéria à la Compagnie Gas Products qui s'est terminée sentence du 22 juillet prenant acte du règlement à l'amiable des deux parties

L'investisseur étranger n'a pas que des droits et des avantages, il a aussi des devoirs et des obligations, d'où la nécessité de renforcer les obligations incombant aux entreprises étrangères implantant dans les pays d'Afrique de l'Ouest.

B : Par le renforcement des obligations des investisseurs

Le parent pauvre de l'environnement juridique des investissements étrangers a toujours l'ineffectivité des obligations pesant sur les investisseurs. La nouveauté dans ce texte de troisième génération, c'est la prescription de résultat comme modèle futur en matière de protection (1) ; mais aussi par la prévision à terme d'un effet d'entraînement pour les pays d'accueil (2).

1) Par la prescription de résultats : le modèle du futur en matière de protection ?

735. Le cadre juridique national, régional et même international n'est que le fruit d'un contexte bien déterminé et même le résultat de rapports de force entre acteurs aux forces inégales¹⁶³⁵. Par conséquent, les règles et principes du droit international des investissements ont toujours été réticents voire prohibé l'obligation de résultat assignée à une/des entreprise(s) étrangère opérant dans un pays¹⁶³⁶. L'absence de prescription de résultat a été une sorte de protection accordée à l'investisseur étranger pour lui permettre d'augmenter ses marges et d'avoir un retour sur investissements dans les délais normaux. La conséquence de ce modèle de protection, c'est la « paralysie » du pouvoir réglementaire des États à assurer une régulation et un suivi juridique des investissements et investisseurs s'implantant sur le territoire notamment pour la *meilleure prise en compte des droits et intérêts de l'Etat hôte*¹⁶³⁷.

736. La protection par l'uniformisation à travers les Codes d'investissement sous régionaux doit prévoir et prendre en compte cet aspect surtout dans un contexte où l'Afrique de l'Ouest est plus que jamais attractive et demeure convoitée par les nouveaux acteurs des investissements étrangers. L'Afrique de l'Ouest, dans sa stratégie nouvelle et prospective de

CIRDI Guadelupe Gas Products Corp.c. Nigeria aff.N°ARB/78/1 ; voir aussi CIRDI SA c.République de Gambie aff.N°ARB/99/5 qui s'est terminée par un règlement à l'amiable après que l'une des parties notifie son desistement à travers une ordonnance le 3 mai 2001.

¹⁶³⁵ Sur ce point, le droit n'est que le reflet la résultante de ces rapports de force. Des auteurs l'expliquent par la globalisation des règles juridiques : « *La mondialisation du droit est un phénomène qui dépasse la sphère purement économique internationales qui est, de manière frappante, le plus profondément affecté : c'est dans ce domaine que l'effacement des frontières entre le droit privé et le droit public est le plus manifeste, que l'affranchissement des contraintes étatiques par les pouvoirs économiques privés est le plus spectaculaire* » voir Pellet A. « *Droit international public* », Paris éd. A. Pellet, 2009 p.1178

¹⁶³⁶ Les TBI le prévoient et le consacrent : « *Aucune Partie ne peut imposer les prescriptions suivantes en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation, sur son territoire, d'un investissement visé ou de tout autre investissement* » voir article 9 du TBI Canada-Nigéria signé le 5 mai, 2014 à Abuja au Nigéria

¹⁶³⁷ Cuendet-Robert S. « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers », RGDIP-3 2016 p.547.

protection des investissements, doit tendre vers une stratégie imposant progressivement la prescription de résultat. Les textes communautaires de la CEDEAO relatifs à l'accueil, la promotion et la protection des investissements l'ont consacré expressément.¹⁶³⁸ Pour avoir une protection globale de l'investissement et avoir un impact positif et pour l'investisseur et pour l'Etat, il faut une dose de prescription de résultats. C'est tout le sens du Code panafricain des investissements qui vise une transposition à terme dans les Codes nationaux. Cet instrument innovant dispose que : « *Les États membres peuvent introduire des prescriptions de résultats pour encourager les investissements et le contenu local. Les mesures envisagées incluent notamment :*

- a) *des mesures visant à accorder un traitement préférentiel à toute entreprise éligible en vertu du droit interne d'un État membre afin de réaliser les objectifs de développement national ou régional ;*
- b) *des mesures visant à soutenir les entrepreneurs locaux ;*
- c) *des mesures visant à renforcer la capacité de production, le secteur de l'emploi, les ressources humaines et la formation, la recherche et le développement notamment en matière de nouvelles technologies, le transfert de technologie, l'innovation, et les autres avantages de l'investissement par l'utilisation de prescriptions imposées aux investisseurs ; »*¹⁶³⁹

737. Le droit des investissements étrangers a été bâti traditionnellement sur un régime juridique « réactionnaire » : concrètement, cela veut dire qu'après les indépendances beaucoup de pays du Sud ont eu des législations de réaction-très protectionnistes voire nationalistes de leur approche des capitaux extérieurs- où les investissements étrangers, essentiellement extractifs, étaient sous protégés juridiquement. Les pays en développement devenaient par conséquent très risqués pour la sécurité juridique et politique des entreprises étrangères. L'évolution bat en brèche cette omniprésence étatique au plan législatif et réglementaire pour accorder une surprotection à l'investissement et aux investisseurs étrangers. En vue d'atténuer ce déséquilibre et cette surprotection dont bénéficient les investissements étrangers ; les pays de la sous-région devenus attractifs, immensité des ressources et potentiel du marché domestique, doivent corriger ces rapports. Cela passe (à travers le Code communautaire des investissements) par une prescription des résultats. Dans la mesure où les États sont garants de *l'intérêt général*.¹⁶⁴⁰ Pour un meilleur environnement

¹⁶³⁸ Selon l'article 24 « *Les États Membres reconnaissent leurs obligations concernant les mesures d'investissement liés au commerce établies dans les autres accords internationaux auxquels ils sont parties. Sous réserve du paragraphe(1), les États d'accueil peuvent imposer des exigences de rendement pour promouvoir les retombées nationales des investissements en matière de développement* » de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO » Fait à Abuja le 19 décembre 2008

¹⁶³⁹ Voir article 17 *Code Panafricain d'investissements*, Commission de l'Union Africaine Département des affaires économiques, décembre 2016 précité intégralement p.98

¹⁶⁴⁰ L'intérêt général, c'est l'intérêt de tous les citoyens garanti par un État dans le cadre des politiques publiques de développement interne et externe. Pour l'auteur Saida El Boudouhi « *l'expression « intérêt général » ne doit pas être entendu dans un sens spécifiquement français et que, par conséquent, cette notion est jugée équivalente à celle de « public interest dans la littérature anglo-saxonne. Indéfinissable et fluctuant quant à son contenu, cette notion est pourtant un outil conceptuel fondamental en droit public. Bien que cela repose sur une fiction, il est généralement admis que l'objectif de satisfaction de l'intérêt général constitue le fondement de toute action publique et que, par conséquent, l'intérêt général correspond à tous les intérêts étatiques.* » Voir

juridique de protection et devant les immenses attentes liées à l'investissement dans cette zone de l'Afrique, ces pays doivent promouvoir dans les lois sur l'investissement, la prescription de résultats négociés. En effet, il s'agit de le prévoir comme un nouveau concept, un contenu à insérer dans les règles internes de l'investissement et négocié au plan bilatéral (les nouveaux traités) dans le but de profiter au maximum des investissements étrangers. L'obligation en matière de protection se traduit aussi dans cette dynamique par l'urgente nécessité de la prévision à terme d'un effet d'entraînement général et positif pour les pays d'accueil.

2) Par la prévision à terme d'un effet d'entraînement positif pour les pays d'accueil

738. Les Obligations incombant aux investisseurs en vue d'un effet d'entraînement illustre l'objectif développementaliste toujours recherché, mais rarement atteint en matière d'investissements directs étrangers¹⁶⁴¹ Le *déséquilibre* qui a été traditionnellement la marque de ce droit cède de plus en plus de pas à une volonté d'équilibrisme de la part des États pour préserver leur souveraineté et le droit de réglementer pour préserver la santé et l'environnement.¹⁶⁴² Car l'idée de responsabilisation de l'investisseur tant affirmée n'a rarement été effective.¹⁶⁴³ L'effet d'entraînement dont il s'agit ici est plus global que celui qui est traditionnellement dans les instruments internes relatif aux investissements étrangers des pays d'Afrique de l'Ouest.¹⁶⁴⁴ En effet, outre les objectifs développementalistes tours affirmés, l'effet d'entraînement global y est étendu aux obligations multiformes assignées aux investissements et aux investisseurs étrangers. Dans le cadre du Code panafricain des investissements l'effet d'entraînement est recherché dans le cadre d'un listing des secteurs d'investissement programmés pour respecter l'équilibre et les objectifs des politiques de développement des États membres¹⁶⁴⁵.

S. El Boudouhi « *L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements* », AFDI 2005 pp.542-563 p.543

¹⁶⁴¹ Voir N-U Résolution 41/128, Déclaration sur le droit au développement Adoptée le 4 décembre 1986 ; voir Monebhurrin Ni. « *La fonction du développement dans le droit international des investissements* », Paris éd. L'harmattan 2016 ; voir SFDI Colloque de Lyon « Droit international et développement » Paris éd. A. Pedone 2015,

¹⁶⁴² CIRDI « *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A and abal Hermanos S.A c. République Of Uruguay* aff. N°ARB/10/7 sentence du 8 juillet 2016

¹⁶⁴³ L'auteur Mbengue dit à ce propos que « *malgré ces développements normatifs importants en matière de responsabilisation des investisseurs et des investissements étrangers dans le droit international du développement durable, le droit international est resté, lui, peu poreux à l'idée d'une responsabilisation sociétale de l'investissement étranger.* » Voir (M.) Moïse Mbengue « Les obligations des investisseurs étrangers » pp.295-337 in « *L'entreprise multinationale et le droit international* » SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes-Saint-Denis Paris, éd. A. Pedone 2017 p.302

¹⁶⁴⁴ Voir Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant Codes des investissements du Sénégal

¹⁶⁴⁵ Un large éventail de droit d'option est accordé aux États membres « *1. Le processus d'harmonisation des régimes d'investissement entre les États membres se fait dans le respect de la politique nationale et du niveau de développement individuel des États membres. Ces États ont la flexibilité pour arrêter leur liste nationale des secteurs ouverts à l'investissement, en conformité avec leur niveau de développement. 2. Tout État membre peut également, dans le cadre de sa liste de secteurs d'investissements*

739. En d'autres termes, l'effet d'entraînement se veut outre son aspect économique qui concerne l'économie locale¹⁶⁴⁶ concerne la dynamique positive qu'apporte l'investisseur en termes cadre relatif à la gouvernance d'entreprise.¹⁶⁴⁷ Le contexte africain exige des effets d'entraînement positif pour une démarche de protection qui soit positive pour les États et les investisseurs étrangers. C'est la raison, le régime de communautarisation à l'échelle continental met l'accent sur deux phénomènes qui entravent un environnement juridique et institutionnel de l'investissement étranger effectif : il s'agit des questions sociopolitiques. Invite est faite aux investisseurs de les respecter en faisant abstraction à toute ingérence dans les affaires politiques des États : « *1 Les investisseurs doivent respecter des obligations sociopolitiques, y compris, notamment :*

- a) *le respect de la souveraineté, de la législation, de la réglementation et des pratiques administratives nationales ;*
- b) *le respect des valeurs socioculturelles ;*
- c) *la non-ingérence dans les affaires politiques internes ; et*
- d) *la non-ingérence dans les relations intergouvernementales ; et*
- e) *le respect du droit des travailleurs. 2. Les investisseurs n'influencent pas la nomination d'agents publics et ne financeront pas de partis politiques. 3. Les investisseurs s'abstiennent de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles et de tenter de réaliser des gains par des moyens illicites. »*¹⁶⁴⁸

740. Le droit international des investissements a ceci de particulier, les nouveaux textes résultent souvent de la réaction par rapport à une situation antérieure défavorable à un acteur(les États ou les investisseurs). Dans le contexte ouest africain, ils se distinguent par leur atypisme en mettant l'accent sur des questions taboues ou jusqu'ici peu abordées comme les pratiques de corruption.¹⁶⁴⁹ Le contexte nouveau exige de la part des États d'Afrique de l'Ouest un suivi et une véritable stratégie en aval pour que les investissements étrangers et africains servent de catalyseur pour le reste de l'économie. Le régime juridique des investissements ne peuvent s'uniformiser au niveau sous régional qu'à travers la mise en

programmés, utiliser une classification plus détaillée subdivisée en sous-secteurs et/ou déterminer des segments de secteurs afin de clarifier la portée de ses engagements en vertu du présent Code.3. Tout État membre peut, le cas échéant, soumettre une liste des secteurs d'investissement programmés qui sont exclus du principe de traitement national. » Voir article 18 Code Panafricain d'investissements Commission de l'UA, Décembre 2016 op cit. 102

¹⁶⁴⁶ Voir Audit Mathias « Les obligations relatives à la part locale dans les contrats d'Eta » pp.197-207 in SFDI Colloque de Lyon « Droit international et développement », Paris éd.A. Pedone 2015 où l'auteur cite « *les contrats d'investissement soumis à l'obligation du local content en Tanzanie et au Nigéria avec un organisme spécifiquement dédié le Nigerian Content Development and Monitoring Board* » p.200

¹⁶⁴⁷ « *Les investissements doivent être conformes aux normes nationales et internationales de gouvernance d'entreprise dans le secteur concerné, en particulier en ce qui concerne la transparence et les pratiques comptables* » voir Article 19 Code Panafricain d'investissements Commission de l'UA Département des affaires économiques projet, décembre 2016

¹⁶⁴⁸ Voir article 20 du Code Ibid.

¹⁶⁴⁹ Ces pratiques illégales et prohibées constituent un véritable fléau dans la vie des affaires en Afrique. L'article 21 en fait cas « *1. Les investisseurs n'offrent, ne promettent ou n'octroient aucun avantage illégal ou indu ni don de nature pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public d'un État membre, à un membre de sa famille, à l'un de ses associés ou à toute autre personne afin que cet agent ou un tiers agisses ou s'abstienne d'agir dans l'exercice de ses fonctions officielles. 2. Les investisseurs n'apporteront pas leur concours ou assistance à une entente en vue de commettre ou d'autoriser des actes de corruption* » Ibid

place d'un instrument comme le Code des investissements. La CEDEAO envisage de la faire en se conformant aux dispositions du présent instrument panafricain.¹⁶⁵⁰ La perspective de la mise en place de régime de protection communautaire participe de la volonté manifestée par les Organes communautaires, mais aussi les États membres de mettre fin ou atténuer la concurrence fiscale ruineuse et dommageable entre les États pour l'accueil et la promotion des investissements.

LL- Paragraphe 2 : L'atténuation de la concurrence fiscale ruineuse entre les États au plan fiscal

La fiscalité est un instrument stratégique pour tout acteur de l'investissement étranger (pays d'accueil(s) développés comme en développement) et entreprise(s) étrangère(s). Les pays d'Afrique de l'Ouest ont choisi cette voie qui consiste à privilégier l'attractivité. En vue d'atténuer la concurrence fiscale dommageable, il y a la volonté de la recherche de la convergence fiscale communautaire protectrice (A) ; et la protection fiscale globale des acteurs (B).

A : La recherche de la convergence fiscale communautaire protectrice

C'est une entreprise de longue haleine dans les intégrations communautaires à travers le monde et particulièrement dans la sous- région ouest africaine : il s'agit de la nécessité de l'harmonisation de l'impôt sur les sociétés (1) et la nécessité de la limitation des pratiques fiscales exonératoires (2).

1) Par la nécessité de l'harmonisation de l'impôt sur les sociétés

741. La protection juridique de l'investissement étranger est faussée par un déficit de plusieurs convergences :¹⁶⁵¹ au niveau fiscal, social et environnemental. Autrement dit, à

¹⁶⁵⁰ « Le présent Code n'affecte pas les droits et obligations des États membres découlant de tout accord d'investissement existant. 2. Nonobstant l'alinéa1, les États membres peuvent convenir de réviser le présent Code et le rendre contraignant afin qu'il remplace les traités bilatéraux d'investissement intra-africains(TBI) ou les chapitres consacrés aux investissements contenus dans les accords commerciaux intra-africains après un délai qu'ils déterminent ou après l'extinction de ces traités conformément à leurs dispositions pertinentes. 3. Les États membres et les Communautés Economiques Régionales(CER) tiennent compte autant que possible des dispositions du présent Code au moment de la conclusion de tout nouvel accord avec un pays tiers afin d'éviter tout conflit entre leurs obligations présentes ou futures en vertu du présent Code et celles découlant d'autres accords. » Voir article 3 Du Code Panafricain d'investissements Ibid.

¹⁶⁵¹ La fiscalité est un levier important et majeur pour toute zone géographique régional qui aspire à une plus grande harmonisation voire uniformisation à terme des pratiques d'investissements intra et extra communautaires. Autrement, c'est la porte ouverte ouverte entre une concurrence ruineuse entre États membres aboutissant souvent à un manque à gagner pour certains au niveau des recettes fiscales, mais surtout un manque d'attractivité et par conséquent une insécurité juridique pour les investisseurs. La convergence fiscale un objectif toujours clamé, mais rarement atteint voir le Règlement n°08/2008/CM du 26 septembre 2008 portant adoption des règles visant à éviter la double imposition au sein de l'UEMOA, voir la Directive N°08/2008/CM/UEMOA du 26 septembre 2008 portant harmonisation des taux de l'impôt assis sur les bénéfices des personnes morales dans les États membres de l'UEMOA, voir aussi Vapaille Laurence « Harmonisation et rapprochement des

l'échelle d'une zone communautaire, ces compétences sont décentralisées à l'aune de chaque État membre. La conséquence logique de tout cela, c'est la concurrence extrême, parfois, ruineuse des États quant à savoir celui qui va le plus à capacité même de séduire les investisseurs étrangers à venir s'implanter chez lui. Ainsi au sein de chaque Etat, il y a une rivalité sur les taux d'imposition appliqués aux entreprises et firmes qui s'implantent sur place sur place. Dans une zone d'intégration comme l'UE, la situation a abouti à une conception fiscale à deux vitesses : les États qui considèrent que l'attractivité fiscale pour les investisseurs est plus importante que tout autre considérations au point même d'être qualifiés de paradis fiscal¹⁶⁵² et les autres qui considèrent que le soucis d'harmonisation fiscale doit être l'objectif, la raison d'être et l'objectif à terme de l'UE. Notamment pour la réalisation du *marché unique*¹⁶⁵³

742. Cette problématique d'harmonisation des taux d'imposition sur les firmes et leurs filiales étrangères qui investissent ou s'implantent à l'étranger, n'est pas qu'Européen, elle est aussi dans une large mesure ouest africaine. En effet, par le souci d'attractivité, de promotion de la destination nationale et de servir de tête de pont aux investisseurs étrangers (accueil de siège régional), les pays de la sous région n'hésitent pas à activer ce levier fiscal notamment au titre des impositions pratiquées sur les sociétés étrangères. Dans le cadre de la CEDEAO, si la volonté intégrative a abouti à la mise en place du tarif extérieur commun(TEC),¹⁶⁵⁴ il n'est toujours pas de même sur le plan de la fiscalité où les solutions nationales avec à la clé la Souveraineté fiscale des États sont de mise. Cela malgré la dimension plus qu'importante de la fiscalité dans l'atteinte des objectifs de l'intégration.¹⁶⁵⁵ Malgré la volonté d'avoir des incitations communes du régime fiscal des investissements, le domaine fiscal

législations, ou de l'inadéquation des moyens aux objectifs » pp.12-158 in « *Mondialisation et fiscalitéLa globalisation fiscale* » Sd de Leroy M. Paris, éd. L'Harmattan, 2006

¹⁶⁵² Pays où le taux d'imposition des personnes morales étrangères est très bas voire inexistant. Raison pour laquelle, les grandes firmes transnationales et de riches particuliers décident d'y ouvrir des comptes afin de mettre leurs fortunes (personnes physiques) ou leurs bénéfices (firmes multinationales) à l'abri de toute imposition. Selon Christian Chavagneux « *les paradis fiscaux partagent quelques caractéristiques générales : des impôts sur les sociétés faibles ou inexistantes, un secret bancaire important protégé par la loi, des transactions financières peu ou pas régulées, des relations de proximité forte avec un marché financier important et qui s'appuient sur des technologies de l'information sophistiquées. Le G20 d'avril 2009 a posé les bases d'une remise en cause politique de ces territoires parasites dans le domaine fiscal en imposant la norme de l'échange d'informations fiscales à la demande* » Voir Chavagneux Ch. « Les acteurs de la mondialisation » pp.41-59 in « *Les enjeux de la mondialisation Les grandes questions économiques et sociales* » Bénassy-Quéré C. Chavagneux E. Laurent D. Plihon M. Rainelli J-P. Warnier, Paris éd. La Découverte, 2013 p.52

¹⁶⁵³ Voir Fouquet O., « L'harmonisation européenne de la fiscalité directe par le juge », *Revue administrative*, 2002 ; n°325, p.55 cité par Laurence Vapaille op cit p.462

¹⁶⁵⁴ Une mesure effective au sein de la sous région ouest africaine « *L'adoption du TEC CEDEAO et de ses règlements d'application par le Conseil des Ministres ont été entérinés lors de la 70 session ordinaire tenue à Abidjan en juin 2013. La date de mise en œuvre est fixée au 1^{er} janvier 2015* » Voir CEDEAO - « Déclaration des chefs d'Etat et de gouvernement de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest sur la mise en œuvre du Tarif Extérieur Commun(TEC) de la CEDEAO » Session de la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement. Abuja, le 15 décembre, 2014, voir aussi traité fondateur de la CEDEAO article 37 qui dispose : « *Les États Membres conviennent de l'établissement progressif d'un tarif extérieur commun en ce qui concerne tous les produits importés dans les États membres et en provenance de pays tiers...* »

¹⁶⁵⁵ Voir traité de la CEDEAO article 40 « Droits fiscaux d'entrée et imposition intérieure », qui pose la nécessité de ne pas adopter une politique ou pratique fiscale dont la conséquence est d'aboutir à une discrimination entre produits d'un État membre et produit d'un autre État membre.

(particulièrement le taux relatif à l'impôt sur les sociétés IS) est fortement est fortement décentralisé avec des taux différents à l'échelle de chaque État en Afrique de l'Ouest :

Pays d'Afrique de l'Ouest	Taux d'imposition sur les sociétés étrangères
Bénin	25%
Burkina Faso	27,5%
Côte D'Ivoire	25%
Niger	30%
Sénégal	30%
Togo	29%
Nigéria	30%
Ghana	32,5%
Gambie	30%
Libéria	25%
Mali	30%
République de Guinée	35%
Guinée Bissau	25%
Les Iles du Cap-Vert	30%
Sierra Leone	30%

(Source : analyse personnelle d'après les données de diverses sources : <https://www.droit-afrique.com/uploads/fiscalité-Panafricaine-2016-GHA.pdf> ; investir en zone franc www.izf.net.fr et société générale <https://import-export.societegenerale.fr/fr/fiche-pays>.)

743. L'imposition montre que les pays d'Afrique de l'Ouest se tiennent de près : la majorité a un taux d'impôt sur les sociétés assez élevé (30% pour la majorité). Des taux identiques (6 pays) Alors que des pays tels que le Burkina Faso et le Togo respectivement 29, 5% et 29% ont des taux moyens par rapport aux « trentenaire ». Pendant que les impositions les basses sont pratiquées par les administrations fiscales des pays comme : le Bénin, la Côte d'Ivoire et le Burkina Faso 25% chacun. Pendant que le Ghana et la Guinée Conakry sont les deux pays d'Afrique de l'Ouest qui pratiquent les taux le plus élevés (35% d'imposition envers les entreprises étrangères pour le second). Alors que le Ghana pratique un taux d'imposition de 32, 5%. Dans un pays comme la Côte d'Ivoire l'impôt sur les sociétés portant sur les nouvelles technologies est plus élevé. En vue d'avoir un modèle de protection des investissements sécurisant pour les Etats,- pour les entreprises étrangères et communautaires et pour l'attractivité de la sous-région et des territoires,- les pays d'Afrique de l'Ouest doivent envisager d'uniformiser le taux d'imposition sur les sociétés.

744. Cet objectif est d'autant plus atteignable que les taux pratiqués par ces pays semblent plus proches. En effet, les disparités de pourcentage ne sont pas marquées contrairement à d'autres parties du monde : « *s'agissant spécifiquement de l'IS, plusieurs pays d'Europe font également partie de ceux où il est le plus élevé dans le monde. D'après une étude du cabinet KPMG, l'IS dépasse en effet, les 30% à Malte, en Belgique, ainsi qu'en France. Des niveaux qui se retrouvent toutefois également en Australie, au Japon et aux États-Unis. A l'inverse, plusieurs pays européens ont établi des taux d'imposition sur les sociétés inférieures à 15% (Hongrie, Bulgarie, Chypre, Irlande)* »¹⁶⁵⁶ Une évolution décisive a été faite en ce sens par la États en matière de mise en œuvre d'un tarif extérieur commun(TEC) avec un taux maximum de 18% adopté par la 29eme session ordinaire tenue le 12 janvier 2006 à Niamey au Niger¹⁶⁵⁷. Pour apaiser « la concurrence » des États et permet un plus grand profit des retombées positives de l'implantation d'entreprises étrangères en Afrique de l'Ouest, l'instance communautaire doit se pencher sur la meilleure façon de fédérer les taux de fiscalisation frappant les entreprises étrangères en un taux unique et raisonnable. Cela sera une grande avancée dans le processus d'intégration, mais aussi dans la mise en œuvre d'un environnement juridique et fiscal sécurisant et attractif. Toutefois, il faut que cela soit accompagné de la limitation d'autres pratiques fiscales telle que les pratiques exonératoires dont bénéficient les investisseurs étrangers.

2) Par la limitation des pratiques fiscales exonératoires

745. L'impôt (frappant les personnes physiques ou morales internes et/ou externes) est souvent défini comme prestation pécuniaire obligatoire requise par voie d'autorité à titre obligatoire sans contrepartie. Traditionnellement, il ne servait qu'à faire fonctionner les services publics de l'Etat (police diplomatique, armée, éducation et santé), c'est-à-dire la couverture des charges publiques classiques. Toutefois, les bouleversements économiques faisant de l'Etat tout à la fois, ont multiplié son périmètre d'intervention. C'est la raison pour laquelle, l'impôt intervienne pour régulariser les inégalités sociales, contribuer au financement des infrastructures, influencer fortement la conjoncture et les structures de l'économie et rendre attractif l'environnement des affaires¹⁶⁵⁸. La fiscalité est fortement du domaine de la Souveraineté d'un/des Etat(s) celui-ci peut adopter la politique ou la stratégie fiscale qu'il veut en fonction de ses législations.

¹⁶⁵⁶ Voir J. Lastenet « *La fiscalité dans l'Union européenne* » 06-03-2018 <https://www.touteurope.eu/actualite/la-fiscalite-dans-l-union-europenne.html> tiré du site <https://www.economie.gouv.fr/cedf/comparaison-systemes-fiscaux-occidentaux> du Centre de documentation économie Finances de l'économie.gouv.fr consulté le 02 mai 2018

¹⁶⁵⁷ Voir CEDEAO Session de la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement « *Déclaration des chefs d'Etat et de gouvernement de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest sur la mise en œuvre du tarif extérieur commun(TEC) de la CEDEAO* » Abuja, le 15 décembre, 2014

¹⁶⁵⁸ La Loi sénégalaise traduit mieux ces préoccupations et mutations de l'impôt : « *La politique fiscale mise en œuvre par le Sénégal depuis quelques décennies traduit la volonté des pouvoirs publics de faire de la fiscalité un instrument apte à mobiliser de façon optimale les ressources nécessaires à la couverture des charges publiques, à promouvoir la croissance économique et à améliorer l'environnement des affaires.* » Voir Sénégal « *Exposé des motifs* » de la Loi n°2012-31 décembre 2012 publiée au Journal Officiel n°6706 du 31-12-2012 portant Code Général des impôts

746. Toutefois, dans la pratique, il en a rarement été ainsi. Autrement dit, la fiscalité fait partie du domaine régalien de l'Etat, mais celui-ci en use rarement de façon dogmatique au risque de s'aliéner de la communauté des affaires au niveau national, mais surtout de la communauté des investisseurs étrangers en ce qui concerne les pays d'Afrique de l'Ouest. C'est la raison pour laquelle, au nom de l'attractivité et en vue de la promotion des investissements et d'une vision pro business, les États procèdent à des exonérations sans précédents pour les investisseurs acceptant de venir s'implanter sur place.¹⁶⁵⁹ L'exonération a une base légale dans la mesure où, elle prévue par plusieurs instruments juridiques comme les Lois internes sur les investissements¹⁶⁶⁰, les Codes miniers¹⁶⁶¹, les Codes pétroliers¹⁶⁶² et les dispositions relatives aux Partenariats public-privé.¹⁶⁶³ Par conséquent, l'instrument fiscal est considéré ici comme un outil de régulation par un auteur.¹⁶⁶⁴ La protection des investissements a abouti au niveau fiscal à un déséquilibre manifeste, voire « la prise du pouvoir » par les investisseurs étrangers.

747. C'est la raison pour laquelle, une nouvelle régulation juridique s'impose par la limitation au strict minimum des pratiques exonératoires qui cause un manque à gagner

¹⁶⁵⁹ Voir Ordonnance N°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Cote d'Ivoire en son article 37 qui dispose des avantages fiscaux dans différents investissements « *investissements réalisés en zone A, investissements réalisés en zones B, investissements réalisés en zone C qui prévoient différentes exonérations sur le bénéfice industriel* »

¹⁶⁶⁰ Voir les articles 15 à 19 de la Loi n°2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal ; voir les articles 14 à 19 de la Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali ; voir les articles 32 à 37 « avantages fiscaux et douaniers pendant la phase de réalisation des investissements » et les articles 38 à 42 « des avantages particuliers des régimes privilégiés en phase d'exploitation » de la Loi N°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger

¹⁶⁶¹ Les instruments miniers des pays d'Afrique de l'ouest ont procédé à des avantages et exonérations fiscales destinées aux investissements miniers dans les phases de recherche et dans les phases d'exploitation (pendant un certain temps) voir l'exemple du Sénégal notamment les articles 74 à 81 de la Loi N°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier. Voir aussi spécialement la Loi n°2008-30 du 3 juillet 2008 « accordant des avantages dérogatoires pour les investissements des grands projets miniers » dispose en son article 7 que « *Le titulaire d'un permis d'exploitation dans le cadre des grands projets miniers bénéficient, en sus des avantages fiscaux consentis par la réglementation minière en vigueur à la date de la signature de sa convention, des avantages fiscaux suivants : exonération de la TVA afférente aux opérations minières pendant toute la durée de validité du permis d'exploitation ; exonération de la contribution des patentes pendant la durée de validité du permis d'exploitation.* »

¹⁶⁶² De même que les Codes miniers, les instruments relatifs aux hydrocarbures des pays d'Afrique de l'ouest adoptent une double démarche exonératrice dans les phases de recherche et durant l'exploitation d'hydrocarbures. Voir l'exemple du Niger notamment les articles 109 à 129 de la Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant Code pétrolier de la République du Niger

¹⁶⁶³ A l'instar du décret n°2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariat public-privé de la République de Cote d'Ivoire où l'article 23 dispose : « *L'Etat garantit aux opérateurs un régime fiscal, douanier et financier stable pendant toute la durée du contrat PPP. Les modifications de la réglementation applicable en matière fiscale et financière ne peuvent avoir pour effet de modifier l'équilibre économique et financier du contrat PPP* »

¹⁶⁶⁴ « *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 aussi être utilisé pour encourager et attirer des investissements. Ainsi, plusieurs codes nationaux d'investissement prévoient des avantages fiscaux offerts aux investisseurs, comme les exonérations et les réductions d'impôt. L'objectif de cette politique d'incitation fiscale est d'encourager le réinvestissement, attirer les investissements ou certains investissements de l'étranger, voire parfois promouvoir l'investissement interne* » Voir W.Ben Hamida « *Droit fiscal et droit international des investissements* » pp.119-131 in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » Sd de S.Robert-Cuendet, Bruxelles, éd. Bruylant, 2017 p.121

considérables au titre des recettes publiques pour les trésors nationaux des États de la sous-région ouest africaine.¹⁶⁶⁵ La limitation des exonérations fiscales passe l'adoption d'une pratique d'imposition raisonnable au moment du démarrage de l'investissement. Il y a aussi, l'instauration éventuelle de taxe nouvelle si les cours internationaux du produit ou le/ les ressource (s) faisant l'objet de l'investissement sont élevés. Cela permet souvent à l'Etat de corriger financièrement le manque à gagner (souvent considérable) des exonérations de départ. Enfin, ce domaine des exonérations méritent des études fiscales approfondies pour savoir les conséquences financières à posteriori d'une importante exonération pour l'Etat. La notion de dérogation doit, s'il y a lieu, concerner que certaines activités générales et être exclue dans d'autres plus stratégiques. Sur ce point, le Code Guinéen des investissements innove à travers « *les activités exclues du bénéfices des avantages fiscaux et douaniers* »¹⁶⁶⁶ et les *mesures spécifiques* pour certaines formes d'investissements ayant un impact économique et social significatif pour l'Etat guinéen.¹⁶⁶⁷

748. Vu l'importance majeure de la fiscalité pesant sur les investissements étrangers comme source de recettes fiscales et de devises, vu la rareté des autres sources de financement du développement, les Pays de l'Afrique de l'Ouest ont urgemment intérêt à limiter au stricte minimum les pratiques d'exonérations fiscales à des fins d'attractivité. La diminution voire l'interdiction purement et simplement dans certaines secteurs stratégiques se justifie vu la liberté de choix qu'ont les États de cette partie de l'Afrique fortement convoités du fait des potentialités économiques immenses. La protection des investissements ne peut être effective si les bénéfices et richesses produites échappent, en partie, à l'un des acteurs comme les États d'accueil. Outre la défense des intérêts des Etats, la protection peut et se doit d'être globale au niveau fiscal.

B : La protection fiscale globale des acteurs de l'investissement

Le droit international des investissements étrangers et le droit fiscal entretiennent des rapports suivis et des relations d'interdépendance. C'est la raison pour laquelle, toute rigidité de comportement ne peut avoir comme conséquence la rupture anticipée de partenariat. Cela se traduit par la nécessité de la transparence fiscale des opérations d'investissements (1) ; mais aussi la nécessité de la prévisibilité et de la stabilité fiscales pour l'investisseur (2).

¹⁶⁶⁵ Ghanem P-Henri « *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux Grands projets mines/énergie/Metallurgie/infrastructures*, » Bruxelles, éd. Bruylant, 1998 p.249

¹⁶⁶⁶ L'article 20 énumère ces activités : « a) Activités de revente en l'Etat de marchandises ; b) Les entreprises des secteurs miniers et pétroliers ; c) Fabrication, vente d'explosifs, d'armes et de munitions ; d) banques et finances. » Voir Assemblée Nationale Loi L/2015/N°008/AN portant Code des investissements de la République de Guinée du 25 mai 2015

¹⁶⁶⁷ « Le Gouvernement est autorisé, pour des raisons stratégiques et en fonction de l'orientation de la politique économique, à proroger de 8 à 10 ans, la durée du régime dérogatoire lorsque l'investissement s'inscrit dans un des cadres ci-après :

- Haute intensité de main-d'œuvre (nombre d'emplois supérieur à 500) ;
- Haute intensité capitalistique (volume des investissements supérieur à USD 100 millions) ;
- Activité expressément déclarée stratégique par le Gouvernement ;
- Régions ou sites expressément déclarés prioritaires. » Voir article 28 Ibid

1) La nécessité de la transparence fiscale des opérations d'investissement

Cela se traduit dans la protection des investissements par la lutte contre les pratiques fiscales frauduleuses (a) ; la lutte contre les planifications fiscales agressives notamment les optimisations (b).

a- La lutte contre les pratiques fiscales frauduleuses

749. L'impôt (qu'il frappe les personnes physiques et/ou personnes morales) est régi par des principes cardinaux : l'universalité¹⁶⁶⁸ et la progressivité.¹⁶⁶⁹ La Fraude fiscale qui est une pratique manifestement non conforme aux textes de référence constitue une infraction sanctionnée par les lois et cours et tribunaux compétents. Dans le contexte de la protection et de la pratique des investissements étrangers : elle s'assimile aux fausses déclarations de la part des investisseurs étrangers, la manipulation comptable de façon intentionnelle dans le but d'échapper au contrôle de l'administration fiscale compétente, le mensonge sur le chiffre d'affaires annuel de l'investisseur étranger, le non déclaration des activités finales à l'administration fiscale, prix de transfert réel non déclaré en vue d'échapper à l'administration et enfin, des pratiques corruptrices d'un investisseur en vue d'obtenir des faveurs et facilité de l'administration pour échapper à l'impôt.

750. C'est la pratique la plus menaçante contre la protection globale des investissements dans les pays d'accueil. En Afrique de l'Ouest, c'est une pratique fait perdre des sommes colossales aux Etats.¹⁶⁷⁰ Cette situation de fraude et cette dissimulation sont dues à l'asymétrie d'information, à l'inorganisation et surtout le manque de compétences et de ressources humaines qualifiées pour établir et suivre une politique fiscale surveillant la pratique des investisseurs sur place et potentiel. La lutte contre la fraude fiscale ne touche pas seulement les pays importateurs de capitaux, mais aussi les pays exportateurs de capitaux¹⁶⁷¹.

¹⁶⁶⁸ Toute personne morale venant s'implanter dans un pays est assujetti à l'impôt quelque soit son statut à l'exception des exceptions législatives et réglementaires prévues par l'Etat dans le cadre de sa politique d'investissement (exonérations fiscales au moment du départ du projet d'investissement, facilité douanière pour les matériels importés imposition ou non des bénéfices à posteriori etc.).

¹⁶⁶⁹ La capacité contributive de chaque entreprise étrangère est conditionnée à l'importance du projet, à son impact social et à son implantation territoriale. Par conséquent, l'idée de progressivité fiscale (dégressivité du taux d'imposition appliquée) dépend de la taille de l'investissement et l'engagement du porteur du projet à créer des richesses et des emplois

¹⁶⁷⁰ Concernant les sorties illicites de capitaux avec une forte composante fiscale, selon la Banque africaine de développement et Global finance integrity : « En termes réels, trois régions : l'Afrique de l'ouest et l'Afrique centrale, avec 494 milliards de dollars(37 pourcent), l'Afrique du Nord avec 415, 6 milliards de dollars(31 pourcent) et l'Afrique australe avec 370 milliards de dollars(27 pour-cent) représentent 95% du montant total cumulé des flux illicites de capitaux en provenance de l'Afrique sur une période de trente-ans » Résumé Rapport conjoint BAD-GFI « les flux financiers illicites et la questions des transferts nets de ressources en provenance de l'Afrique, 1980-2009 », Mai 2013 p.3

<https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Document/publications/les%20flux%20financiers20illicites>
consulté le 1^{er} avril 2018

¹⁶⁷¹ La prise de conscience du manque à gagner considérable pour les finances des États et la volonté politique de combattre ces pratiques -montages financiers compléments de certains cabinets d'expertise internationale et manque d'échange et de coopération entre administrations de pays- se matérialisent de plus en plus dans les faits,

Sa lutte est le fait d'Organisation intergouvernementales à l'image d'OCDE avec la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale¹⁶⁷² et au plan national, les États-Unis (en tant que plus grand pourvoyeur d'investissements dans le monde ont adopté une loi de transparence la Loi FATCA. Une loi qui vise à lutter contre les évasions fiscales des contribuables américains-entreprises et particuliers-¹⁶⁷³ La fraude fiscale n'est pas uniquement le fait des investisseurs étrangers en vue de maximiser leur marge et d'avoir un retour rapide sur investissement, elle est aussi due aux pratiques fiscales dommageables¹⁶⁷⁴ de la part des États comme ceux d'Afrique de l'Ouest où chacun joue sur ce levier souvent (du fait d'un besoin urgent d'investissements étrangers).

751. La concurrence exacerbée aboutissant à des pratiques de fraude parfois peut être facilitée par les pratiques de l'administration publique du pays d'accueil de l'investisseur. Il s'illustre à travers les mécanismes suivants : le laxisme consenti ou non des administrations publiques, l'absence ou le contrôle peu rigoureux exercé par l'administration compétente, où le désir d'accueillir toutes que toutes des investissements étrangers y compris au détriment des lois et règlements du pays. De la même manière, le comportement de fonctionnaires peu scrupuleux du pays d'accueil de l'investissement peut conduire à des pratiques de fraude fiscale notamment la manipulation du montant du chiffre d'affaires consciemment acceptée par un agent public. De même, la pratique des exonérations fiscales abusives et peu justifiée de la part des agents non habilités. Comme la notion de fraude fiscale est complexe, sophistiquée et souvent tentaculaire, elle peut être le fait de l'entreprise étrangère qui s'adonne à la pratique des manipulations du prix de transfert. C'est-à-dire que l'investisseur par un jeu de passe-passe comptable déclare un prix en dessous du prix réel des transactions frontalières entre filiales.

notamment la consécration dans le droit positif français relatif à la fiscalité de la notion d' « États et territoires non coopératifs » C'est-à-dire à la suite des Résolutions du Sommet du G20 de Londres le 2 avril 2009 où le « communiqué final du sommet fait état de la volonté des États de déployer des sanctions à l'encontre des juridictions qui persisteraient à ne pas reconnaître les standards internationaux de transparence en matière fiscale » Sur ce point, il y a une liste de dix-huit États et territoires considérés comme non coopératifs(avec un seul État d'Afrique de l'ouest le Libéria) : il s'agit : « Anguilla, Belize, Brunei, Costa Rica, Dominique, Grenade, Guatemala, Iles Cook, Iles Marshall, Liberia, Monserrat, Nauru, Niue, Panama, Philippines, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint Vincent et les Grenadines ». JORF du 17 février 2010 » voir Conan Mathieu « L'avènement de la notion d' « État et territoire non coopératif » au sein du Code général des impôts ou le tournant décisif amorcé par le droit fiscal français » pp.233-237 in « La refondation du système monétaire et financier international Evolutions réglementaires et institutionnelles » Sd de R. Chemain Actes du Colloque des 16 et 17 mars 2010 OCDE cahier internationaux N°25, Paris éd. A. Pedone 2011 p.235

¹⁶⁷² La Convention stipule sur l'assistance administrative que les « Parties s'accordent mutuellement, une assistance administrative en matière fiscale. Cette assistance administrative comprend : a. l'échange de renseignements, y compris les contrôles fiscaux simultanés et la participation à des contrôles fiscaux menés à l'étranger b. le recouvrement de créances fiscales y compris les mesures conservatoires c. La modification de documents » voir article 1 Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011 au www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/Convention_modifiee.pdf consulté le 28 avril 2018

¹⁶⁷³ Voir la Loi Foreign Account Tax Compliance Act FATCA entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 Page 361-367 Livre Bleu « l'évolution de la lutte contre les paradis fiscaux Europe, Etats-Unis Karim Berthet ed. Larcier

¹⁶⁷⁴ Voir OCDE Ch. Oman « Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers Une étude de la concurrence entre gouvernements », Paris OCDE 2000, voir aussi Altindag S. « La Concurrence fiscale dommageable La coopération des États membres et des autorités communautaires », Paris éd. L'harmattan, 2009

752. Ces échanges intra groupes peuvent échapper à la vigilance de l'administration fiscale du pays d'accueil et permet à l'entreprise de sortir illégalement un montant énorme de capitaux pour les faire échapper à l'impôt. Quoiqu'il en soit la pratique de la fraude empêche à terme d'obtenir la protection de l'investissement en question, dans la mesure où à court terme, elle fait perdre à la puissance publique de l'Etat d'accueil des rentrées fiscales considérables et à long terme, l'investisseur qui s'en donne risque gros à transfert la taxation d'office ou un redressement fiscal record. Le partenariat d'affaires entre les pays d'Afrique de l'Ouest et les investisseurs étranger est marqué la plupart du temps par ces pratiques fiscales peu orthodoxes, d'où la nécessité du contrôle à priori rigoureux, un suivi régulier de l'investissement et de l'investisseur et une bonne régulation sectorielle dans les pays d'accueil de l'entreprise.

b- La lutte contre les planifications fiscales agressives : à travers l'optimisation et l'utilisation des paradis fiscaux

753. La thématique relative à la fiscalité et à la nécessité pour les entreprises de s'acquitter à leurs obligations fiscales dans les pays d'implantation n'est pas nouvelle¹⁶⁷⁵. Elle est à l'origine d'une importante littérature scientifique¹⁶⁷⁶ et mobilise l'expertise et l'énergie de pas mal d'institutions Intergouvernementales comme l'OCDE¹⁶⁷⁷. Hormis les bases historiques, les investisseurs étrangers ont toujours cherché (pour des raisons de rentabilité et de retour sur investissement rapide et satisfaisant ainsi l'actionnariat) à minimiser les coûts et maximiser les bénéfices. Cela s'est traduit par l'utilisation de tous les procédés et mécanismes fiscaux comme les techniques d'optimisation fiscale, pratique des investisseurs consistant à se jouer des failles des législations fiscales du pays d'accueil pour ne pas payer beaucoup d'impôts et

¹⁶⁷⁵ Les N-U se sont préoccupées de la question à travers la tentative d'instauration d'un NOEI par les différentes « Résolutions progressistes »-précemment citées-et l'ONU « Code de conduite des entreprises transnationales » en 1976, mais n'entra jamais en application. Code de la CNUCED sur les pratiques commerciales restrictives en 1980 ; OCDE « les Principes Directeurs à l'intention des entreprises multinationales » 21 juin 1976 ; voir Convention concernant l'assistance administrative mutuellement en matière fiscale » -instrument beaucoup plus opérationnel- entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011

¹⁶⁷⁶ Voir Castagnède B. « Précis de fiscalité internationale » 5^e édition mise à jour, éd. PUF 2015 ; Douvier-Jean P. « Droit fiscal dans les relations internationales », Paris, éd. A. Pedone 1996 ; Douvier-J. P. « Fiscalité internationale 20 études de dossiers », Paris éd. Litec, 1996 ; Gouthière B. « Les impôts dans les affaires internationales Trente études pratiques », Paris éd. Francis Lefebvre, 2004 ; Castagnède B. et Toledano S. « Fiscalité internationale de l'entreprise », Paris, éd. PUF, 1987 ; Plagnet B. « Droit fiscal international », Paris, éd. Litec, 1986 ; « Mondialisation et fiscalité La globalisation fiscale » S.d de M.Leroy, Paris, éd. L'harmattan, 2006

¹⁶⁷⁷ Cette Organisation qui regroupe un nombre restreint de pays économiquement avancés fait régulièrement d'études sur la nécessité d'éliminer les pratiques fiscales dommageables : OCDE(1998), « Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial », Paris ; voir OCDE Ch. Oman « Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? Une étude de la concurrence entre gouvernements », OCDE 2000. Elles procèdent à des négociations en son sein de « Codes » tels que les « Principes Directeurs à l'intention des entreprises multinationales » 21 juin 1976 ou d'instruments conventionnels beaucoup plus contraignants « Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale » entrée en vigueur le 1^{er} juin 2011

le recours au recours au paradis fiscaux¹⁶⁷⁸. Il faut dire que ces pratiques aussi moralement détestables ne sont pas manifestement illégales

754. L'optimisation fiscale étroitement liée au concept de paradis fiscal est une pratique courante dans les investissements internationaux : elle consiste pour les entreprises qui la pratiquent à utiliser à travers la domiciliation du siège social dans un pays peu imposable pour les sociétés commerciales et utilisation des mécanismes et astuces comptables, transfert de revenus et de fonds dans des endroits géographiques peu imposables. Cela en vue de maximiser les bénéfices et rentabiliser à outrance les marges attendues à des investissements dans une zone communautaire où un pays donné. Cela diminue considérablement les capacités de l'Etat d'accueil à travers ce que l'OCDE appelle « Érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices ». Ce concept qui englobe les pratiques d'optimisation et l'utilisation des paradis fiscaux est évolutif et englobe beaucoup de secteur de l'économie mondialisée. Cette Organisation intergouvernementale qui regroupe les pays avancés la définit de la façon suivante : *« La mondialisation offre aux entreprises multinationales de nouveaux moyens de réduire considérablement le montant de leur impôt, au point parfois de l'annuler, transférant leurs bénéfices à l'étranger. Elles peuvent mettre à profit les divergences et asymétrie existantes entre les législations fiscales actuelles, qui apparaissent dépassées, pour faire « disparaître » leurs bénéfices à des fins fiscales, ou les transférer dans des pays ou territoires à fiscalité faible ou nulle dans lesquels l'entreprise exerce peu d'activités économiques, voire aucune. Ces pratiques sont désignées par les concepts d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices (BEPS). En outre, l'importance croissante des services dans l'économie, et l'essor des produits et services numériques qui peuvent souvent être vendus via Internet, facilitent beaucoup les stratégies de BEPS. Le plus souvent, ces stratégies sont légales. Le BEPS n'est pas un problème imputable à une ou plusieurs entreprises spécifiques qui exploitent en toute légalité les possibilités d'alléger leur charge fiscale globale. Hormis quelques cas d'abus flagrant, ce sont les règles fiscales proprement dites qui sont en cause. »*¹⁶⁷⁹

¹⁶⁷⁸ Les paradis fiscaux finissent par faire partis des composants essentiels des pratiques d'investissement. C'est-à-dire chaque pays/zones développée économiquement instaure à coté sa zone où l'impôt est quasi inexistant ex les États Unis d'Amérique ont des États considérés comme des paradis fiscaux comme le Delaware, l'Europe une grande zone émettrice d'investissements étrangers a ses espaces considérées comme des paradis fiscaux tels le Luxembourg, le Liechtenstein, Malte Monaco etc et en Asie il y a Hong Kong. Toutefois, il est difficile de définir précisément le vocable. Selon l'OCDE en effet, *« même si le concept de « paradis fiscaux » n'a pas une signification technique précise, il est reconnu qu'il est utile de faire une distinction entre, d'une part, les pays qui sont en mesure de financer leurs services publics sans impot sur le revenu ou avec un impot insignifiant et qui offrent aux non-résident la possibilité de se soustraire à l'impôt dans leur pays de résidence et, d'autre part, les pays qui tirent des recettes importantes de leur impot sur le revenu mais dont le système présente des caractéristiques induisant une concurrence fiscale dommageable »* (« Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial, Publications de l'OCDE, 1998, p.22) cité par J.N. Thomas « Le contrôle fiscal des opérations internationales », Paris éd. L'harmattan, 2004 p.327 ; voir l'ouvrage volumineux de Duhamel G. « Les paradis fiscaux », Paris, éd. Grancher, octobre 2002, voir les éditions Francis Lefebvre « Paradis fiscaux et opérations internationales Mesures anti-évasion Lutte contre le blanchiment Pays et zones à fiscalité privilégiée » 4^eédition, éd. F. Lefebvre 2005 ; voir Centre de droit international « Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale » Actes des journées d'études des 20-21 janvier 2000, Bruxelles, éd. Bruylant, 2000

¹⁶⁷⁹ Voir (N.) Bonucci -Directeur des affaires juridiques de l'Ocde- « La lutte contre l'optimisation fiscale à travers les instruments de l'OCDE » pp.235-245 in SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes-St Denis « L'entreprise multinationale et le droit international », Paris éd. A. Pedone-2017 p.235

755. L'Afrique et particulièrement dans sa partie Ouest a trop que souffert des pratiques fiscales des investisseurs qui lui causent un manque à gagner considérablement au niveau budgétaire. Non seulement, le problème concerne ces pays dans son aspect fiscal et budgétaire, mais surtout l'aspect géographique n'est pas à minimiser, dans la mesure où, au sein même de l'espace Ouest africain il y a des pays considérés par le Conseil des ministres des finances de l'UE a validé le 5 décembre une liste de 17 pays considérés comme des paradis fiscaux à l'instar du de la Namibie et de la Tunisie¹⁶⁸⁰ et du Libéria.¹⁶⁸¹ Aujourd'hui, la zone géographique la plus avancée dans sa volonté de lutte contre le phénomène des paradis fiscaux est l'Union Européenne à travers un dispositif juridique¹⁶⁸² et des études et rapports réguliers en vue d'une coopération accrue entre administrations de pays de l'UE¹⁶⁸³ Le problème lancinant ne peut être réglé du point de vue national, d'autant plus que ces pays n'ont pas les moyens et contraintes financières, informationnelles, juridiques et logistiques pour contraindre certains investisseurs ayant recours à ces pratiques.

756. Seule, une démarche communautaire planifiée et suivie d'actes peut espérer régler un jour ce problème quasi-planétaire.¹⁶⁸⁴ L'un des moyens d'atténuer ces différentes pratiques, consiste à obliger les entreprises étrangères particulièrement leurs filiales à payer leurs impôts là où elles réalisent leur chiffre d'affaire. Par conséquent, le développement de la notion de « civisme fiscal » entreprise citoyenne peut conduire à certains investisseurs, tout comme n'importe quelle personne physique, de s'acquitter de ses obligations fiscales là où elle s'est implantée. Comme la fiscalité est le domaine des « possibles », de l'équilibrisme et des compromis, l'investisseur a aussi besoin aussi de la stabilité et de la prévisibilité sur le plan fiscal afin de lui permettre de profiter légalement de ses investissements.

2) La nécessité de la stabilité fiscale pour les investisseurs

a- La préservation contre la fiscalité confiscatoire et expropriatrice

757. La protection des investissements étrangers sur le plan fiscal illustre l'équilibrisme des obligations qui doit prévaloir : pour les États offrir un cadre législatif et réglementaire fiscal

¹⁶⁸⁰ Voir <https://www.legifiscal.fr/actualites-fiscales/1702-paradis-fiscaux-17-etats-liste-union-europenne.html> consulté le 2 mai 2018

¹⁶⁸¹ Voir Conan M. « L'avènement de la notion d' « État et territoire non coopératif » au sein du Code général des impôts ou le tournant décisif amorcé par le droit fiscal français » p.235 op cit. p.470

¹⁶⁸² Voir Commission de l'Union européenne publication le 28 janvier 2016 « Paquet sur la lutte contre l'invasion fiscale », revue de droit fiscal, n°5, 135 ; Voir aussi Commission européenne Bruxelles, 28-1-2016 COM(2016) 26 final 2016/0011(CNS) proposition de Directive du Conseil « établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur » au <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1454056979779&uri=COM%3A2016%3A26%3AFIN>

¹⁶⁸³ Commission européenne Bruxelles, le 28.1.2016 COM(2016)25 final 2016/0010(CNS) proposition de Directive du Conseil modifiant la Directive 2011/16/UE en ce qui concerne « l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal »

¹⁶⁸⁴ Chaque pays où zone développée à son « paradis fiscal ». La pratique des paradis fiscaux est un quasi inhérent au capitalisme. Au sein de l'UE des espaces sont considérées comme relevant de paradis fiscaux du fait des traitements fiscaux doux dont bénéficient les investisseurs et entreprises étrangères : le Luxembourg, Monaco, le Liechtenstein et dans une moindre mesure, l'Irlande pour son bas taux d'imposition sur les sociétés

prévisible, attractif et protecteur et l'investisseur étranger s'acquitter de leur devoir fiscal en payant leurs impôts là où il est implanté. Les Pays d'Afrique de l'Ouest sont des pays ouverts aux investisseurs étrangers à travers les innovations attractives en matière fiscale dans les différents instruments relatifs aux investissements¹⁶⁸⁵. Toutefois, comme la fiscalité est domaine très volatile, les États n'hésitent à défaire ce qu'ils ont fait sur le plan législatif. Concrètement, les pays d'accueil peuvent prendre une série de mesures qui témoignent une volonté plus ou moins de confiscation ou d'expropriation implicite par le biais de la fiscalité. Ces mesures peuvent s'analyser comme suit : l'investisseur fasse l'objet d'un retour de la part des administrations publiques d'une exonération jadis accordées, ce qui viole la clause du respect des engagements¹⁶⁸⁶ l'investisseur fasse l'objet d'un redressement fiscal record pouvant compromettre sa survie en tant que firmes ou filiales¹⁶⁸⁷ et enfin, l'Etat d'accueil crée un nouvel impôt visant certaines entreprises étrangères ou certains secteurs particuliers (le phénomène des réglementations surprises au plan fiscal qui visent le secteur environnemental où énergétique).

758. La « néo-nationalisation » c'est-à-dire les expropriations implicites¹⁶⁸⁸ est une pratique des pratiques d'affaires et dont la conséquence est de déposséder de fait d'un investisseur de son actif sans mesure législative d'envergure comme naguère ça été le cas. Le concept à deux conceptions selon un auteur Arno E. Gildemeister, ce dernier l'analyse en termes de conception objective avec le taux d'imposition¹⁶⁸⁹ et la conception subjective à travers la perte

¹⁶⁸⁵ Les diverses avanatges et facilités fiscales ont été les grandes innovations dans les divers intruments relatifs aux IDE des pays d'Afrique de l'ouest. Voir Loi n°2014-09 du 10 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger qui prône « l'exonération totale des droits et taxes perçus par l'Etat de toute entreprise agréée » art.32 ; voir Loi n°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code des minies du Sénégal dans ses différents articles 74 aux articles 81. En plus des avantages de nature fiscale et douanière prévus, les nouvelles lois comme les PPP « peuvent bénéficier aux partenaires privés d'autres avantages ou facilitations en fonction de la nature de l'investissement ou du projet à réaliser » voir article 47 de la Loi n°020-2013 portant régime juridique du PPP au Burkina Faso Fait à Ouagadougou, le 23 mai 2013

¹⁶⁸⁶ C'est le cas dans l'affaire « Antoine Goetz et autres c. Burundi », où le gouvernement du Burundi revient sur une « exonération fiscale » accordée à l'investisseur par le biais du régime de zone franche. Le tribunal arbitral-rappelant la nécessité du respect des obligations internationales du Burundi convenues dans le TBI Belgo Luxembourgeoise et le Burundi- condamne ce denier à payer des indemnités pour la révocation illicite du certificat d'entreprise franche accordé aux investisseurs belges. Voir *CIRDI aff. N°ARB/95/3 sentence du 10 février 1999* ; voir aussi *CMS Gas Transmission Company c. Argentine CIRDI aff. N° ARB/01/8 sentence du 12 mai 2005*

¹⁶⁸⁷ Ce qui a comme conséquence outre une déposséssion de fait, la violation des normes standards du droit internationales de l'investissement comme le traitement juste et équitable consécutifs à une violation d'un contrat pétrolier notamment l'introduction d'une nouvelle taxe Voir dans l'affaire Total avec l'Argentine : *Total c. Argentine CIRDI aff. N°ARB/04/1 sentence du 27 décembre 2010*

¹⁶⁸⁸ Voir De Nantueil A. « *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement* », Paris éd. A. Pedone, 2014

¹⁶⁸⁹ Dans cette conception l'auteur explique une mesure fiscale expropriatoire par le biais du taux d'imposition. Pour lui, le droit international contrairement au droit interne ne distingue pas de taux d'imposition tolérable et le seuil d'imposition intolérable : « Certes, en droit interne, il peut arriver que certains taux élevés soient assimilés à une expropriation et déclarés inconstitutionnels. Notons toutefois que, dans les années 1970 encore, le taux marginal d'imposition sur le revenu pouvait dépasser 90 pour cent, y compris en Grande Bretagne et aux Etats-Unis. Rien n'indique que le droit international oblige un État à respecter un certain « seuil maximum » absolu : bien que ces États se soient parfois plaints envers l'Etat d'accueil d'un taux d'imposition « excessif » de leurs nationaux, et bien que certains législateurs se soient refusés à dépasser certains taux d'imposition, au motif que cela les exposerait potentiellement aux allégations de violations du droit international, il semble qu'aucun tribunal international n'ait jamais constaté une expropriation en raison d'un taux d'imposition jugé trop élevé. »

de rentabilité.¹⁶⁹⁰ La pratique nuit à la protection sécuritaire des investisseurs étrangers et nuit à la nécessaire prévisibilité et stabilité fiscales de tout environnement des investissements. Raison pour laquelle, une garantie juridique a priori est prévue pour préserver les investisseurs des éventuels agissements des administrations du pays d'accueil. Ainsi, la solution conventionnelle à ce niveau est bilatérale par le biais des Conventions contre les doubles impositions qui permet de ne pas imposer doublement et arbitrairement les personnes morales et physiques des deux pays signataires.¹⁶⁹¹

759. Au plan inter étatique, c'est l'OCDE qui donne la signification de la double imposition au plan juridique comme : « *l'application d'impôts comparable dans deux (ou plusieurs) États au même contribuable, pour le même fait générateur et pour des périodes identiques* ». ¹⁶⁹² La protection juridique et fiscale des investissements contre les pratiques et manquements des autorités du pays d'accueil, est devenue l'affaire d'une communauté judiciaire arbitrale privée ou institutionnalisée ¹⁶⁹³. Un Tribunal arbitrage comme celui instituée par le CIRDI a tranché pas mal de litiges qui ont trait à la confiscation implicite par le biais de la fiscalité. ¹⁶⁹⁴ La stabilité fiscalité légale et profitable pour tous les acteurs de l'investissement est devenue un objectif et une nécessité dans les rapports Etats/investisseurs. Parce que cela illustre la protection sécurisante basée sur les hauts standards en conformité avec les meilleures pratiques internationales en la matière. Ce qui manque souvent aux pays comme ceux d'Afrique de l'Ouest où les administrations compétentes ont du mal à gérer les investissements étrangers en aval c'est-à-dire la fiscalité (suivi des projets, exécution non-

Voir Arno E. Gildemeister « L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements », Paris, éd. LGDJ, 2013 pp.357-358

¹⁶⁹⁰ La conception subjective de l'expropriation subjective se penche sur la perte de rentabilité du fait des agissements fiscaux ainsi : « *Plusieurs tribunaux arbitraux suggèrent qu'une mesure fiscale expropriatoire se caractérise par ce qu'elle supprime la rentabilité de l'investissement. Par exemple, la sentence EnCana c. Equateur n'a pas reconnu comme équivalent à une expropriation des mesures qui n'avaient pas pour effet de paralyser ou de rendre non-profitable l'exploitation de l'investissement....De même, la sentence Corn Products International c. Mexique exige que l'investisseur démontre « that there had been such a degree of interference as to sterilise its business ».* La proposition de recourir au critère de la rentabilité semble, à première vue, plausible, ce qui explique son succès dans les discussions doctrinales, aussi bien qu'en droit interne. » Ibid

¹⁶⁹¹ Voir Convention entre la France et le Sénégal tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance réciproque en matière d'impôts sur le revenu, d'impôts sur les successions, de droits d'enregistrement et de droit de timbre » signé à Paris, le 29 mars 1974 modifiée par l'Avenant signé à Dakar le 10 janvier 1991 https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/10_convention/senegal/senegal_convention-avec-le-senegal_fd_2186.pdf consulté le 23 avril 2018

¹⁶⁹² Voir Karim S. Ahmed « *L'investisseur face à l'instabilité de la norme fiscale dans le droit des investissements de l'Union pour la Méditerranée.* », pp.51-68 in « Vers une lex mediterranea des investissements » Sd. de F. Osman, Bruxelles, édL Bruylant, 2016 p.54

¹⁶⁹³ Voir *SGS Société général de surveillance S.A c. Pakistan CIRDI aff. N°ARB/01/13*, décision sur la compétence du 6 août 2003 ; voir aussi *Tokios Tokelés c. Ukraine CIRDI aff.N°ARB/02/18*, décision sur la compétence du 26 juillet 2007, voir la doctrine l'ouvrage spécial A. E. Gildemeister « *L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements* », Paris, éd. LGDJ, Lextenso éditions, 2013

¹⁶⁹⁴ Notamment sur les conséquences juridiques qui consistent à revenir sur un engagement fiscal initial, sur les manquements relatifs à la stabilité législative relative à la fiscalité dans les contrats d'investissement: Voir *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique CIRDI aff. N°ARB/99/1*, sentence du 16 décembre 2002 ; voir *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. Liberia CIRDI aff. N°ARB/83/2*, sentence du 31 mars 1986 ; voir *Kaiser Bauxite Co. C.Jamaïque CIRDI aff. N°ARB/74/3*, décision sur la compétence du 6 juillet 1975 ; voir *Agip S.A c. Congo CIRDI aff.N°ARB/77/1* du 30 novembre 1979 ; voir *Total S.A c.Argentine CIRDI aff. N°ARB/04/1*, du 27 décembre 2010 ; voir *Wast Management Inc c. Mexique CIRDI aff.N°ARB/00/3*, sentence du 30 avril 2004

discriminatoire des lois et règlements et mauvaise régulation administrative des investissements).

760. La conséquence fiscale pour le/les investisseur(s) étranger(s) est l'instabilité des situations juridiques empêchant parfois, l'entreprise étrangère de poursuivre ses activités dans le pays d'implantation. Dans la même logique d'une protection non discriminatoire, les États doivent s'engager, pour préserver un environnement juridique fiscal stable, à lutter et prohiber les harcèlements fiscaux dont les investisseurs sont confrontés souvent dans leurs relations avec les administrations de ces pays.

b- La prohibition du harcèlement fiscal

761. Le propre d'une administration publique, quelque soit le pays ou le contexte, est de servir les administrés de façon neutre, républicaine et sans discrimination aucune. Si cela est valable dans certains pays où l'Etat de droit et l'enracinement du processus démocratique sont une réalité, il n'en est pas toujours de même dans les pays comme ceux d'Afrique de l'ouest où *les mesures fiscales ne sont pas toujours caractérisé par leur proportionnalité*¹⁶⁹⁵. En effet, dans des pays comme ceux d'Afrique, d'une certaine manière, le processus démocratique est en gestation¹⁶⁹⁶ et la notion d'Etat droit n'est pas toujours une réalité.¹⁶⁹⁷ Il s'y ajoute que ce processus, qui ne peut être éloigné du reste des institutions politiques, rejaillit sur les administrations publiques et la manière de fonctionner de tous les jours. La conséquence : c'est l'autoritarisme de la puissance publique vis-à-vis des administrés au plan national, mais surtout envers les investisseurs et entreprises étrangères qui ont parfois du mal à avoir des rapports normaux et cordiaux avec l'administration du pays d'accueil.

762. Ces rapports heurtés et cette discrimination fiscale se manifeste par le biais de plusieurs procédés comme les enquêtes fiscales¹⁶⁹⁸ qui peut cibler un investisseur, de l'ensemble des investisseurs (ce qui est rare) où un secteur d'activités dominé par des

¹⁶⁹⁵ Une mesure *non proportionnée* est une mesure fiscale expropriatoire qui tient avant tout à sa nature arbitraire ou disproportionnée. C'est un concept développé par la CEDH Voir Gildemeister A.E. « L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements », Paris, éd. LGDJ, Lextenso éditions, 2013 p.388 ouvrage précité p.477

¹⁶⁹⁶ L'apprentissage non fini du processus démocratique fait que les États reviennent de plus en plus sur des engagements passés où un avantage octroyé, ce qui a souvent comme conséquence une sécurité juridique précaire de la protection des investissements étrangers. Dans ce contexte, le principe de non-discrimination qu'un auteur qualifie comme « *un des principaux piliers des traités multilatéraux (avec la nationalisation/indemnisation, le caractère intangible des contrats et l'arbitrage direct entre les investisseurs et l'Etat n'est pas d'application toujours rigoureuse dans les pays en développement* ». Voir Walde Th. « *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie* », Cours et travaux N°2, Paris, éd. A. Pedone, 2004 pp.48-29

¹⁶⁹⁷ Au sens où les gouvernés et surtout les gouvernants sont soumis aux règles générales, impersonnelles et obligatoires de l'Etat et sanctionnés en cas de faute ou de manquement. C'est-à-dire que dans l'Etat de droit la règle de droit a un caractère externe différente et opposée à l'Etat de police où elle est interne et inopposable à la puissance publique. La conséquence, c'est la « *sécurité juridique et judiciaire des affaires qui est entamée avec le changement brusque des textes régissant les investissements* » voir Elliott A. Sitti « *Investir en Afrique pour gagner L'entreprise africaine et la mondialisation* », Paris, éd. L'harmattan, 2012 p.101 ouvrage précité

entreprises étrangères. Il peut s'agir aussi des visites surprises, des convocations et réclamations intempestives de pièces administratives et compactables. Les investisseurs étrangers ont horreur de la bureaucratie et des harcèlements psychologiques (visites fréquentes d'agents des impôts et domaines, enquêtes fiscales récurrentes et intempestives). Beaucoup d'instruments fiscaux anticipent ces comportements fiscaux dommageables par la mise en place au profit de l'investisseur de la simplification (que la personne morale s'acquitte de ses obligations fiscales facilement) et surtout la mise en place d'un droit fiscal commun incitation en vue de promouvoir la croissance économique et améliorer l'environnement des affaires. Sur ce point, le Code d'impôt du Sénégal offre une initiative de facilité et de sécurité juridique assez intéressante : *« Ce droit commun incitatif qui traverse tout le Code concerne toutes les catégories d'impôts. Parmi les mesures généralisées, figurent en bonne place les incitations qui, en matière d'impôt sur les sociétés, ont fait la preuve de leur efficacité, à savoir :*

-le crédit ;

- la réduction d'impôt par exportation ;

-la réduction pour investissement de bénéfice ;

*Au titre de la TVA, le régime de la suspension est maintenu pour les opérations réalisées sous l'empire du Code des investissements. »*¹⁶⁹⁹.

763. Comme la protection globale et efficace des investissements étrangers exigent un équilibrisme sans précédent et un suivi non discriminatoire en aval des investisseurs, par conséquent, la volonté de ne pas harceler les entreprises étrangères, communautaires et même nationales sur le plan administratif doit se traduire par un engagement de ces derniers à se conformer aux textes de référence et d'exécuter de bonne foi et en toute sincérité les obligations convenues expressément à travers es mécanismes contractuels. Autrement, le souci de ne pas accabler l'investisseur de « bureaucratie tentaculaire et étouffante » doit se traduire par la volonté des pouvoirs publics du pays d'accueil de lui offrir un environnement juridique non discriminatoire et sécurisant afin qu'il démarre ses activités et participer par voie de conséquence à la création de richesse partagée.

¹⁶⁹⁹ Voir Exposé des motifs de la Loi n°2012-31 décembre 2012 Publiée au J.O. n°6706 du 31-12-2012 portant Code Général des impôts au Sénégal Partie 4 « *Mettre en place un droit fiscal commun incitatif pour promouvoir la croissance économique et améliorer l'environnement des affaires* »
www.impotsetdomaines.gouv.sn

Conclusion du chapitre 2

764. La protection communautarisée des investissements étrangers revêt un caractère atypique dans la mesure où traditionnellement le droit des investissements étrangers a toujours puisé ses règles, principes et normes de protection dans le droit international des investissements et dans les instruments internes pertinents. Le phénomène communautaire de protection des investissements n'est que la conséquence des limites, insuffisances et manquements relatifs à la protection de l'investissement au niveau nationale. Au sein de la CEDEAO, l'investissement présente une dimension essentielle pour la réalisation des objectifs de l'intégration économique. C'est la raison pour laquelle, la protection passe ici par une volonté d'harmonisation des règles et normes relatives aux investissements intra et extra communautaires.

765. Ici les spécificités économique- juridiques apparaissent. En effet, dans le modèle de protection adoptée par le droit dérivé communautaire de l'investissement, la préoccupation et l'enjeu extractifs sont apparus clairement. Cela passe par l'harmonisation de la protection des investissements énergétique par le Protocole d'octobre 2002 portant l'énergie. Celui-ci vise un modèle de protection fondée sur la concurrence, la non discrimination et la promotion des investissements énergétiques par la mise en place d'un marché énergétique ouvert et non discriminatoire. Cette volonté de sécuritaire au plan normatif demeure tout de même ineffective, dans la mesure où, le secteur énergétique et particulièrement celle des hydrocarbures demeurent de fait à la discrétion des exécutifs des États membres qui ont la haute main sur les opérations pétrolières et leurs modalités contractuelles. Cela malgré la volonté de régulation du droit communautaire. L'élan harmoniste des autorités communautaires va et concerne aussi toujours le secteur extractif, mais cette fois-ci le domaine minier. En réaction au laxisme des instruments miniers internes des États membres du fait de leurs déséquilibres manifestes, le droit dérivé de la CEDEAO , en l'espèce la Directive C/DIR3/05/09 du 27 mai 2009, harmonise les principes directeurs et politiques minières en vue de la mise en place d'un environnement minier régional sécurisant, attractif et protecteur des intérêts légitimes des Etats.

766. Cet instrument a à son actif pas mal d'innovations et d'avancées, toutefois, -malgré son intégration dans le dispositif juridique relatif aux investissements miniers- les objectifs qu'elle poursuit sont loin d'être effectifs, du fait- certes de la complexité du domaine minier et ses enjeux, mais surtout d'une manque de volonté politique et la faiblesse des capacités de négociation contractuelle. Le renforcement communautaire doit envisager en guise prospective de la protection , de la mise en place comme le suggère le traité fondateur de Lagos de 1975 (révisé le 23 juillet 1993 à Cotonou) d'un Code communautaire des investissements dans le but de rendre encore beaucoup plus substantielle la protection globale par l'instauration de règles et de hautes normes de protection afin d'obtenir un régime juridique plus protecteur pour les États d'accueil et une protection non discriminatoire pour les investisseurs étrangers. La mise en place d'un tel instrument atténuera la concurrence ruineuse que se mènent actuellement les pays de l'Afrique pour attirer et séduire les investisseurs étrangers souvent au détriment de leurs intérêts et des normes sociales et

environnementales. La Communautarisation de la protection est expérience récente, enrichissante et qui offre des perspectives normatives sécuritaires assez intéressantes, même si ça tarde pour le moment dans un contexte où les États se livrent à un « nationalisme normatif de fait » pour séduire les investisseurs étrangers dans une protection qui semble unilatérale, malgré la volonté d'équilibre des autorités à la fois nationales et communautaires de ces pays.

Conclusion du Titre 3

767. Les textes communautaires de la CEDEAO relatifs aux investissements intra et surtout extra communautaires ont été d'un apport décisif pour la protection et la promotion des investissements. En effet, ils instaurent, d'une part un cadre attractif en vue de créer un marché commun des investissements étrangers et d'autre part, ils prennent le contre pied des limites objectives des textes nationaux en promouvant l'équilibre et la nécessité d'une protection globale des intérêts de tous les acteurs de l'investissement. Dans la recherche de la protection globale et renouvelée, il y a une volonté de dépasser les « logiques nationales » en matière de protection pour amorcer le grand virage qu'est la communautarisation.

768. Cela s'est traduit par le renforcement du droit dérivé communautaire de l'investissement, notamment l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO. L'instrument communautaire jette les bases à travers les déclinaisons du marché communautaire des investissements à travers l'instauration de hautes normes de protection des investissements et le renforcement des obligations et devoirs des acteurs de l'investissement. La protection communautarisée présente pas mal de d'innovations et surtout de défis juridiques. Elle se présente doublement comme (c'est une nouveauté par rapport aux textes nationaux qui ne prévoyaient pas la notion d' « attente légitime ») la consécration d'un droit d'exigence des Etats pour une protection globale. Il ya aussi l'aspect relatif aux relations avec les Accords internationaux notamment le statut des instruments bilatéraux (T.B.I.) signés par les Etats d'Afrique de l'ouest face aux enjeux des investissements intra-communautaires. Les investissements en Afrique en général et Afrique de l'ouest en particulier se portent la plupart du temps sur les ressources naturelles dont l'Afrique regorge. C'est la raison pour laquelle, la protection communautarisée accorde une place de choix aux investissements extractifs à travers la nécessité d'une protection responsables des ressources naturelles. La dimension accordée sur la protection des investissements portant sur l'extraction se traduit doublement par la recherche de l'harmonisation de l'environnement juridique des investissements énergétiques par le Protocole A/P4/1/03 d'octobre 2002 de la CEDEAO sur l'énergie, et l'harmonisation du droit des investissements miniers par la Directive C/DIR3/05/09 du 27 mai 2009 de la CEDEAO sur l'harmonisation des Principes directeurs et des politiques dans le secteur minier. Ces deux instruments communautaires ont apportés beaucoup d'innovations dans le sens de la recherche d'équilibre entre les intérêts des Etats d'accueil et des intérêts des firmes s'intéressant à l'Afrique de l'ouest. La protection des investissements dans les pays africains a toujours eu cette particularité qu'est l'incitation dans la recherche d'une plus grande attractivité et la recherche d'équilibre des intérêts. C'est ainsi que les pays d'Afrique de l'ouest envisagent d'uniformiser la protection en adoptant une vision prospective à travers la nécessité à terme de l'adoption d'un Code communautaire des investissements. Ceci à travers la prise de conscience des limites objectives (à plusieurs aspects) des cadres nationaux relatifs aux investissements et par la recherche d'une protection substantielle à travers l'atténuation de la concurrence ruineuse sur le plan fiscal entre les Etats de la sous région.

Titre 4 : L'émergence de nouveaux acteurs et cadres institutionnels et de protection de l'investissement étranger en Afrique de l'ouest

769. La protection des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest est marquée par un dualisme : concilier ce qui est « inconciliable ». Dans ce domaine, entre les États d'accueil et les Organisations économiques internationales - comme la Banque Mondiale - chacun essaye de préserver ses marges de manœuvre. L'institution de Washington - très influente comme enceinte de négociation, d'intermédiation, d'études, de rapports et de mesures réglementaires des investissements étrangers - est au cœur de toute stratégie d'investissements étrangers en Afrique de l'ouest. Le traité de Bretton Woods de 1944 montre bien que l'investissement et l'encouragement du secteur privé sont des priorités¹⁷⁰⁰. Parallèlement, les mutations administratives - dans le sens d'une diminution de la toute puissance de la bureaucratie dans les pays d'Afrique - ont conduit à la mise en place des administrations de missions pour plus d'efficacité et de rapidité dans le traitement et le suivi des décisions en matière d'investissement étranger. Dans les pays d'Afrique de l'ouest, l'évolution montre un renforcement sans cesse renouveler du cadre des cadres législatifs et réglementaires - pour plus de sécurité et d'assurance - envers les investisseurs étrangers. Cela s'explique par une « double évolution du point de vue politique et au plan conceptuel »¹⁷⁰¹

770. Pour cette partie, l'accent sera mis sur l'action des Organisations économiques internationales et les acteurs nationaux en matière de protection juridique de l'investissement (chapitre 1). La démonstration se portera aussi sur une dimension évolutive de la protection que sont les nouvelles techniques juridiques face aux nouveaux enjeux et défis liés à la protection des investissements étrangers dans la sous région ouest africaine (chapitre 2).

¹⁷⁰⁰ Voir article premier des Statuts de la BIRD, Washington, 1944 dispose que parmi les objectifs de la Banque « promouvoir les investissements privés à l'étranger au moyen de garanties ou de participations aux prêts et autres investissements effectués par les fournisseurs privés de capitaux ; »

¹⁷⁰¹ L'auteur Sabrina Robert-Cuendet la souligne en ces termes : « Cette évolution a été marquée par de profondes mutations du point de vue politique... Les accords d'investissement sont aujourd'hui invoqués dans un contexte radicalement différent de celui qui a présidé à leur négociation : les pays importateurs de capitaux ne sont pas fatalement hostiles aux investisseurs étrangers ; ils ne sont, en outre, pas nécessairement des États en mal de développement. L'évolution a aussi une dimension plus conceptuelle puisque l'héritage tenu du droit des étrangers a en grande partie été dilapidé sous l'influence de la dogmatique libérale qui érige en valeurs essentielles la circulation des capitaux et la liberté d'entreprendre. Cette double évolution a fait que la protection de l'investissement est devenue une fin en soi. Par voie de conséquence, son étendue s'est peu à peu affranchie des préoccupations originelles liées à la défense contre les atteintes les plus graves » Voir « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers » pp.248-297 in Droit des investissements internationaux Perspectives croisées Sd. de Sabrina R-Cuendet , éd. Bruylant s.a., 2017 p.250

Chapitre 1 : Le rôle des Organisations Internationales économiques et des acteurs institutionnels internes dans la protection

771. L'action des Institutions Financières Internationales a permis de consacrer une approche à orientation techniciste de la protection des investissements étrangers. Les pays en développement-malgré le choix des règles et normes de protection libérales et protectrices de l'investissement. Autrement, les avancées notées en matière de réglementations n'ont pas permis aux différents cadre juridiques de se conformer aux meilleures pratiques en matière de protection internationale de l'investissement étranger. L'attractivité du cadre juridique connaît beaucoup de mutations au niveau des pratiques et des acteurs. Ainsi, l'investissement et sa promotion font partis des objectifs historiques de l'institution de Washington : *«ii promouvoir les investissements privés à l'étranger au moyen de garanties ou de participations aux prêts et autres investissements effectués par les fournisseurs privés de capitaux privés disponibles à des conditions raisonnables, de compléter l'investissement privés sous des modalités appropriées et en fournissant à des fins de son productives des moyens financiers tirés de son propre capital, des fonds qu'elle s'est procurés et de ses autres ressources »*¹⁷⁰².

772. La banque est au cœur de la stratégie de protection des IDE en Afrique de l'ouest par le biais de l'instrument de mesure de l'efficacité et des performances des réglementations qu'est le Doing Business¹⁷⁰³. Au niveau de la mutation des acteurs, le plan interne est significatif de l'influence de la Banque à travers le concept de « Guichet unique »¹⁷⁰⁴. Ceci a pour conséquence « la prise du pouvoir » au niveau administratif par les administrations de missions que sont les structures et Agences chargées du traitement et du suivi du cadre juridique et des projets d'investissement. Ces structures internes sont la nouvelle donne en matière d'accueil, du traitement et de la protection de l'investissement. Deux grands aspects de la protection seront abordés : il s'agit du cadrage de la protection au niveau international par le rôle pionnier de la Banque mondiale et l'institution panafricaine de financement du développement qu'est la BAD¹⁷⁰⁵ dans les pays d'Afrique de l'ouest (section 1). L'autre aspect, c'est le renforcement de l'institutionnalisation de la protection juridique au niveau

¹⁷⁰² Voir article premier –« Objectifs » des Statuts de la BIRD, BIRD. Washington, 1944 Documents rassemblés et présentés par Louis Sabourin « *Organismes économiques internationaux* », éd. La documentation française, Paris 1994 p. 122

¹⁷⁰³ Il s'agit du « célèbre » rapport d'évaluation de l'environnement des affaires « *facilité de faire des affaires* » dans le monde initié sous l'égide de la Banque mondiale depuis 2004 date du premier rapport

¹⁷⁰⁴ En vue de lutter contre la bureaucratie étouffante, lente et paperassière des administrations publiques des pays d'Afrique de l'ouest, il est mis sur pied un mécanisme administratif « Guichet unique » destiné à tout investisseur étranger et communautaire en vue d'accélérer le traitement la délivrance d'agrément de tout dossier d'investissement. Autrement dit, les formalités relatives aux questions fiscales aux questions sanitaires et environnementales et certaines formalités juridiques pratiques-crédation d'entreprises, enrégistrement- sont rassemblées en un lieu unique et traitées en temps record

¹⁷⁰⁵ dont les fonctions consiste à « *utiliser les ressources à sa disposition pour financer des projets et programmes d'investissement qui tendent au développement économique et social des États membres régionaux ... D'une manière générale, favoriser l'investissement en Afrique de capitaux publics et privés dans des projets ou programmes de nature à contribuer au développement économique ou au progrès social des États membres régionaux ;* » voir article 2 Accord portant création de la Banque africaine de développement signé à Khartoum(Soudan), le 4 aout 1963 par 23 Gouvernements africains et entré en vigueur le 10 septembre 1964 en souscrivant 65% du capital initial autorisé.

national par les Agences chargés du traitement et du suivi des investissements étrangers (section 2).

Section 1 : Cadrage juridique au niveau supra national : le rôle pionnier de la Banque Mondiale et de la Banque Africaine de développement dans les pays d'Afrique de l'ouest

773. Le groupe de la Banque Mondiale n'est pas uniquement une institution de financement du développement¹⁷⁰⁶. La Banque a toujours accordé une grande importance à la promotion de l'investissement privé dans les pays en développement et particulièrement ceux d'Afrique de l'Afrique composés essentiellement de pays importateurs de capitaux. Parmi ces filiales, il y a celle dédiée à la promotion du secteur privé dans les pays en développement la SFI. Cette structure qui joue- actuellement- un rôle très important dans la promotion et la protection des investissements étrangers a pour objet « *de stimuler l'expansion économique en encourageant le développement d'entreprises privées de caractère productif dans les États membres, en particulier dans les régions moins développées, en vue de compléter ainsi les opérations de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement..* »¹⁷⁰⁷.

774. Les structures régionales de financement du développement s'impliquent aussi pour l'assistance aux États membres quant à la meilleure manière de protéger les pays d'Afrique durant les transactions minières et énergétiques qu'ils font avec les firmes étrangères. La protection de l'investissement démontre le rôle de la Banque comme structure d'assistance, de conseil et d'intermédiation en matière d'IDE dans les pays d'Afrique de l'ouest (§1). Le rôle est aussi divers et continu comme structure de mesure et d'évaluation du cadre juridique par l'instrument Doing Business (§2). La protection est aussi l'œuvre de Banque régionale par le biais de la facilité africaine de soutien juridique de la BAD (§3).

MM- Paragraphe 1 : La B.M. : une structure globale en matière de protection d'IDE dans les pays de la sous-région

Le groupe de la Banque Mondiale est très impliquée dans tout ce qui touche à la protection et à la promotion des investissements dans les pays en développement. Elle la faite à travers la réforme pour l'attractivité du cadre juridique (A) ; l'assistance diverse apportée aux États pour la négociation de contrats complexes (B) et en dernier lieu, il y a le cas que constitue les générations de codes miniers dans les pays d'Afrique de l'ouest (C).

¹⁷⁰⁶ Le Groupe de la BIRD est composée de cinq structures : la BIRD-financement de projets de développement dans les pays en développement- ; l'Association internationale pour le développement (l'IDA) entrée fonction en 1960 dont la mission consiste à aider et assister les PED à travers des « *prêts à des conditions favorables* » ; la Société financière internationale(SFI) fondée en 1956 favorise le développement par l'initiative et l'encouragement au secteur privé ; le CIRDI créé par la Convention de Washington de 1965 est un centre de règlement des différends par la procédure d'arbitrage notamment les « affaires en relations directe avec un investissement » ; l'AMGI créée par le Traité de Séoul(Corée du Sud) le 11 octobre 1985 et entré en vigueur en 1988 dont la mission est de garantir les investissements dans les pays en développement contre les risques politiques éventuels . Voir pour toutes ces questions Paul McClure « *Guide de la Banque mondiale* » 1ere édition, Bruxelles éd. De Boeck & Larcier s.a, 2005 pp. 10-21

¹⁷⁰⁷ Voir Washington Document BM : article 1 « *objet* » des Statuts de la SFI adoptés le 25 mai 1955

A : Par la réforme pour l'attractivité du cadre juridique

775. Les thèmes relatifs au rôle du secteur privé pionnier du développement, l'allégement des normes réglementaires, la diminution du poids excessif de la bureaucratie, les réformes libérales et les privatisations sont des domaines chers à cette Organisation économique internationale.¹⁷⁰⁸ La mission de réforme pour la promotion des investissements étrangers est statutairement organisée par les Statuts de la BIRD¹⁷⁰⁹, mais aussi par la filiale de la Banque strictement réservée au secteur privé et à son encouragement dans les pays en développement particulièrement ceux d'Afrique de l'Ouest. Ce rôle de la promotion de l'investissement étranger et de l'entreprise privé est joué par la SFI instrument dédié au secteur privé par excellence¹⁷¹⁰.

776. En vue de la réforme et l'amélioration de l'environnement juridique et institutionnel des affaires dans les pays d'Afrique, la Banque procède de différentes manières : Elle procède à des études, fait des missions de terrains, des rencontres et des conseils destinés aux États Partie aux Statuts de Bretton Woods et particulièrement africains « *Elle mène des initiatives pour créer des marchés et attirer les investissements du secteur privé dans les pays en développement. IFC a consenti des financements considérables en appui au développement du secteur privé-environ 19,3 milliards \$, dont 7,5 milliards \$ mobilisés au près de*

¹⁷⁰⁸ « Depuis sa création, la B.I.R.D. a accompli des fonctions d'assistance technique, complémentaires de ses activités financières, dans les domaines de la formation, de la préparation d'études ou de conseil. » Voir Laurence Boisson De Chazournes « *Le groupe de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement* » pp.163-169 in « *le Droit de l'économie internationale* » S.d. de P. Daillier, G. de la Pradelle H. Ghérari, éd. A. Pedone –Paris 2004 p.164

¹⁷⁰⁹ Créer dans des circonstances post Grande Guerre(1939-1945)La Banque a pour objectifs en autres ii) « *De promouvoir les investissements privés à l'étranger au moyen de garanties ou de participations aux prêts et autres investissements effectués par les fournisseurs privés de capitaux ; et, à défaut de capitaux privés disponibles à des conditions raisonnables, de compléter l'investissement privé sous des modalités appropriées et en fournissant à des fins productives des moyens financiers tirés de son propre capital, des fonds qu'elle s'est procurés et de ses autres ressources* ». iii) *De promouvoir l'harmonieuse expansion sur une longue période, des échanges internationaux et l'équilibre des balances des paiements, en encourageant les investissements internationaux consacrés au développement des ressources productives des États membres, contribuant par là à relever, sur leurs territoires, la productivité, le niveau d'existence et la situation des travailleurs.* » Voir Washington, 1944 Article premier –« *Objectifs* » Statuts de la BIRD Documents rassemblés et présentés par L. Sabourin Organismes économiques internationaux, éd. La Documentation française-Paris-1994 p.122

¹⁷¹⁰ L'article 1 « *Objet* » des Statuts de la SFI en fait longuement cas soulignant : « *La société a pour objet de stimuler l'expansion économique en encourageant le développement d'entreprises privées de caractère productif dans les États membres, en particulier dans les régions moins développées, en vue de compléter ainsi les opérations de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement. En poursuivant cet objet, la société :*

- i) *Contribuera, en association avec des investissements privés, à financer l'établissement, l'amélioration et l'expansion d'entreprises privées de caractère productif de nature à contribuer au développement de ses États membres ; ces investissements se feront sans garantie de remboursement par le gouvernement membre intéressé et uniquement lorsque le capital privé ne pourra être trouvé à des conditions raisonnables ;*
- ii) *S'efforcera de rapprocher les perspectives d'investissement, le capital privé local et étranger, et une direction expérimentée ; et*
- iii) *S'efforcera de stimuler et de promouvoir les conditions favorisant le courant du capital privé, local et étranger, vers des investissements de caractère productifs dans les pays membres .La Société s'inspirera, dans toutes ses décisions, des dispositions du présent article.* » Voir art.1^{er}

Washington, 1955 Statuts de la SFI adoptés le 25 mai 1955 L. Sabourin p.143 ibid.

*partenaires d'investissement. Sur ce montant, près de 4, 6 milliards de \$ ont été alloués à des pays IDA ».*¹⁷¹¹ La Banque Multilatérale est aussi un agent de conseil pour les États d'Afrique, particulièrement en ce qui concerne les engagements contractuels complexes dont les États nouent avec les firmes transnationales dans divers domaines économiques.

B : L'assistance pour la négociation de contrats complexes

777. Le domaine des contrats États- investisseurs a été le symbole du déséquilibre manifeste des obligations, avantages et droits entre les acteurs-comme ceux d'Afrique- et les entreprises qui s'implantent sur place. Les contrats d'état posent pas mal de problèmes au niveau des clauses perçues souvent comme très léonines envers les États notamment par le biais des *clauses de stabilisation et clause d'intangibilité*¹⁷¹². Un continent comme l'Afrique - particulièrement riche en ressources naturelles où les besoins de construction sur le plan infrastructurel sont grands et les potentialités économiques immenses, le mécanisme contractuel- privilégié pour y remédier - n'a pas toujours été en faveur des Etats, notamment dans ses aspects relatifs au développement escompté¹⁷¹³. Comme les méga contrats sont devenus des contrats de types intégrés où les temps de négociations, signature et d'exécution sont longs et s'étalent souvent dans le temps.

778. Ces contrats du fait des implications juridiques, institutionnelles, politiques, économiques, financières, environnementales, sociales et même culturelles parfois exigent de réelles capacités et savoirs faire en matière de négociation. Cela exige des administrations publiques compétentes, informées et surtout présentant une diversité de ressources humaines dans tous les domaines juridiques et contractuels¹⁷¹⁴. Si les États africains font des efforts d'avoir des « partenariats juridiques » équilibrés dans le domaine des grands investissements, il n'en demeure par moins que ces derniers ont besoin d'assistance, de conseil et d'information parfois sur les enjeux réels du secteur pour pouvoir bien négocier. L'assistance se fait par deux procédés ou canaux.

779. Le premier procédé, est de recourir à des cabinets ou structures d'expertise juridiques spécialisées sur la matière. Cette assistance et intermédiation juridique aux États d'Afrique - assistance et conseils et rédaction d'actes face aux investisseurs étrangers- a souvent un coût financier énorme. Le second procédé est la sollicitation des Organisations économique

¹⁷¹¹ Voir message de Jim Yong Kim président du Groupe de la Banque mondiale dans le Rapport annuel du Groupe de la BM 2017 « *Mettre fin à l'extrême pauvreté Promouvoir une prospérité partagée* », 87p au https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/27986/211119FR.pdf_p.3 consulté le 10 mars 2018

¹⁷¹² Ces clauses jumelles et sécuritaires sont prégnantes dans pratiquement tous les contrats signés par les États avec les firmes transnationales, au point qu'un auteur s'interroge quant à leurs capacités à empiéter sur les prérogatives des États en matière de politiques publiques voir Catharine Titi « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil » pp.541-562, JDI-2 2014 p.543

¹⁷¹³ Le professeur Lankarani considère le « *développement économique* » comme un critère attractif des contrats d'Etat dans l'orbite des prérogatives de puissance publique internes » voir L. Lankarani « *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international* », Bruxelles, éd. Burylant Editions de l'Université de Bruxelles 2001, p.378

¹⁷¹⁴ Voir Ph. Leboulanger « *Les contrats entre États et entreprises étrangères* » Preface de Berthold Goldman, Paris, éd. Economica, 1985 p.74

internationales comme la Banque Mondiale en vue d'assister les États face aux grandes firmes transnationales ou pour préparer les investissements dans des projets demandant de moyens techniques et financiers colossaux. Par ce biais l'Institution de Bretton Woods a apporté un soutien technique et financier au Congo Kinshasa de 73, 1 millions de \$ pour le méga projet hydroélectrique du barrage d'Inga. Selon le Directeur de la SFI Bernard Sheahan : « *Les investissements requis par Inga 3Bc sont d'une telle ampleur que ni le secteur public ni le secteur privé ne peut supporter intégralement à lui seul le cout du développement du projet. Nous nous réjouissons à la perspective de travailler avec nos collègues de la Banque mondiale pour aider le gouvernement de la RDC à attirer des financement privés en vue de développer le projet Inga 3 Bc de façon responsable* »¹⁷¹⁵ . La Banque mondiale conseille, assiste et surtout influence et suscite des projets de réforme dans le sens de toujours d'une plus grande ouverture aux investissements étrangers notamment sur le plan des ressources extractives. Dans le cadre de l'Afrique de l'ouest, elle a été d'un apport non négligeable dans la réforme et la transformation des instruments internes relatifs aux minerais.

C : L'exemple des générations de codes miniers dans les pays ouest africains

780. La réglementation des investissements étrangers a toujours revêtu un aspect particulier dans des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest. En effet, l'Afrique présente aux yeux des investisseurs étrangers une zone particulièrement risqués où les normes minimales de sécurité juridique ne sont pas toujours respectées. Et que les investisseurs étrangers résignent et réfléchissent deux fois avant d'y implanter des activités de production. La conséquence de tout cela, est l'adoption d'une stratégie d'investissement fondée sur l'extraction de minerais et d'hydrocarbures dont les économies du nord ont besoin pour développer leurs entreprises et l'activité économique. C'est ainsi que les Codes miniers ont été le fer de lance des investissements reçus. Le cadre juridique et réglementaire instauré par ces instruments était marqués par un « nationalisme minier » certain. Les évolutions ultérieures des réglementations ont été marquées par plus d'ouverture, de privatisation et de partenariat avec les firmes extractives étrangères. Le rôle de l'Etat est passé de l'Etat propriétaire exploitant à l'Etat régulateur participant avec un pourcentage minimum dans le capital des sociétés exploitantes. Deux auteurs décrivent bien cette situation qu'ont connu les cadres législatifs et réglementaires relatifs aux mines avec l'abandon du rôle de propriétaire/exploitant des États : « *Le programme du Consensus de Washington comportait une privatisation tous azimuts des sociétés d'Etat, la fin des restrictions relatives à la propriété étrangère, une diminution des taux d'imposition et des redevances, la réforme du droit du travail afin d'assurer une « souplesse » accrue, et la fin des exigences liées à l'embauche et à l'approvisionnement*

¹⁷¹⁵ Voir Communiqué de Presse du Groupe de la Banque mondiale : RDC finance l'assistance technique à la préparation technique du projet hydroélectrique Inga 3 Bc » du 20 mars 2014 au www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2014/03/20/world-bank-group-supports-drc-with-technical-assistance-for-preparation-of-inga-3-bc-hydropower-developpement consulté le 18 mars 2018

local »¹⁷¹⁶ Ce qu'on peut souligner- dans la protection des investissements relatifs au secteur extractif ouest africains, c'est que les États n'ont plus un rôle global et interventionniste.

781. Désormais, ils se contentent d'instaurer un environnement minier propice à ces investissements, une volonté d'augmenter les redevances perçues et la nécessité du respect des normes environnementales dans les opérations minières. Il faut souligner aussi que cela- le nouvel environnement juridique aux opérations minières, il y a un encadrement dense et contraignant pour les firmes notamment en ce qui concerne le social¹⁷¹⁷. La nécessité de préserver le patrimoine culturel. Cela passe par la nécessité de « *signaler aux administrations chargées des mines et du patrimoine culturel, toute mise à jour d'éléments du patrimoine culturel national et ne déplacer ceux-ci qu'après autorisation expresse de l'administration chargée du patrimoine culturel, qui doit intervenir dans les deux mois suivant sa saisine* »¹⁷¹⁸ et l'environnemental.¹⁷¹⁹ La protection et la promotion des investissements étrangers s'inscrivent dans le cadre de la mondialisation des économies et l'ouverture des pays et particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest au commerce à l'investissement. Cela passe par la mise en place et la promotion d'un cadre normatif attractif et un modèle contractuel sécurisant pour les firmes minières transnationales intervenant en Afrique par ailleurs de plus en plus diverses comme le prévoit le modèle de convention minière du Sénégal.¹⁷²⁰

782. Le modèle de pratiques d'investissements que prône les pays d'Afrique de l'ouest n'est jamais stable pour les acteurs, c'est pourquoi, les investissements miniers sont toujours accompagnés d'une volonté des pouvoirs publics des pays d'accueil de vouloir rééquilibrer le partenariat à travers l'outil fiscal, le renforcement de la responsabilité sociale des entreprises

¹⁷¹⁶ Voir Besada (H.) & Martin (Ph.), « Les Codes miniers en Afrique La montée d'une « quatrième » génération ? », Rapport de recherche de L'Institut Nord-Sud 33p. ; p.8 www.nsi-ins.ca/wp-content/uploads/2013/04/Mining-Codes-in-Africa-Emergence-of-a-Fouth-Generation-Hany-Besada_FR.pdf consulté le 16 avril 2018

¹⁷¹⁷ Outre la nécessité du respect du droit du travail et des conventions collectives des travailleurs miniers, il y a dans les nouveaux Codes miniers des pays d'Afrique de l'ouest, la réalisation du programme social minier PSM. Il est matérialisé dans le Code du Sénégal de la manière suivante : « *Les titulaires de titres miniers, de contrat de partage de production, ou de contrat de services participent sur la base d'engagements financiers annuels à l'alimentation d'un fonds d'appui au développement local destiné à contribuer au développement économique et social des collectivités locales situées dans les zones d'intervention des sociétés minières .* » article 115 de la Loi N°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal. Le dispositif communautaire au sein de la CEDEAO va plus loin dans la responsabilisation sociale des entreprises dans les opérations minières, notamment l'obligation faites aux « *titulaires de droits et titres miniers opérant dans des États membres conduisent leurs activités minières de façon à respecter le droit des populations à participer et contribuer au développement et à leur permettre de jouir du développement économique, social, culturel et politique durable... l'obligation de contribuer pour le développement des activités de conversion de l'après mine dans les communautés locales affectées* », article 16 de la Directive C/DIR3/05/09 sur « l'harmonisation des Principes Directeurs et des politiques dans le secteur minier », Abuja, 26-27 mai 2009

¹⁷¹⁸ Voir art.142 du Code minier du Mali

¹⁷¹⁹ Le Code du Mali pose la nécessité « *de fournir à l'administration chargée des mines une notice d'impact environnemental et social concernant les travaux par galerie ou puits, un travail sur les matériaux accumulés, fournir régulièrement à l'administration un rapport d'activités* » art. 142 de la Loi N°2012-015 du 27 février 2012 portant Code minier du Mali

¹⁷²⁰ Voir article 13 Convention minière entre le Gouvernement de la République du Sénégal et la Société Damash Minerals LTD du 21 mars 2011

et la réalisation de programmes sociaux miniers(PSM) et de mesures sociales¹⁷²¹. Le désir de conformité à certains textes multilatéraux a été certes important, mais il faut dire que, les décisions des autorités nationales de ces pays de réviser profondément la teneur des Codes miniers ont été toujours inspirées plus ou moins par le poids de la Banque mondiale dans le financement de projets de développement à travers les programmes d'ajustement structurel. Le rôle de la Banque dans la réforme pour l'amélioration du cadre juridique des investissements en Afrique de l'ouest s'est accru au fil des temps, notamment à travers l'instrument de mesure des réglementations qu'est le Doing Business.

NN- Paragraphe 2 : La B.M. : une structure de mesure et d'évaluation du cadre juridique par l'indice Doing Business

L'instrument Doing Business est devenu le baromètre le plus célèbre de mesure des environnements réglementaires dans les pays du monde et notamment l'Afrique de l'ouest. Cet instrument phare est devenu un outil majeur pour l'évaluation de l'environnement juridique des États d'Afrique de l'Ouest (A) ; en même temps, il des objections c'est-à-dire une analyse critique de cet instrument (B).

A : Un instrument phare pour l'évaluation juridique des États d'Afrique de l'ouest

L'évaluation législative et réglementaire est devenue un baromètre pour juger de l'efficacité de la protection des investissements. Au sein de la Banque Mondiale : elle se fait par l'instauration d'un classement annuel entre pays (1) ; par l'instauration de la notion d'indice et de confiance dans le système réglementaire des affaires (2) ; et par la promotion de la simplification des réglementations relatives aux affaires(3).

1) Par l'instauration d'un classement annuel entre pays

783. L'investissement international dans les pays en développement particulièrement ceux d'Afrique de l'Ouest voit intervenir beaucoup d'acteurs internationaux¹⁷²². La forte implication des Organisations économiques internationales couronne une philosophie de gestion de l'investissement définitivement en phase avec le libéralisme et l'efficacité du/des

¹⁷²¹ Le modèle de contrats miniers du Sénégal prévoit les interventions sociales d'opérateurs miniers. Notamment celui signé entre le Gouvernement du Sénégal et la Société Damash Minerals LTd où l'article 7 dispose « *La société Damash LTD favorisera la création et l'offre d'emplois en direction des Communautés locales afin de donner au projet un impact social positif. La société Damash en concertation avec les autorités et élus locaux s'attachera à développer..d'autres opportunités d'amélioration de l'environnement social des populations vivant dans la zone du périmètre de recherche* » voir Convention Minière pour phosphates et substances connexes passée en application de la Loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal et la Société Damash Minerals LTD Périmètre de Kolda du 21 mars 2011

¹⁷²² Notamment par le biais des « études pays » : l'environnement juridique, institutionnel et économique de l'investissement étranger faites régulièrement par la CNUCED et l'OCDE à destination des pays d'Afrique de l'ouest

cadres juridique(s) du/des pays d'accueil. De même, l'influence d'une Institution économique internationale comme la Banque Mondiale comme enceinte multiforme en matière de protection et de promotion des investissements au fil des années¹⁷²³ démontre les limites du nationalisme juridique et de la souveraineté des Etats à l'aune de la pratique. Des pays comme ceux d'Afrique -essentiellement importateurs de capitaux et en demande chronique d'investissements- sont conscients du risque de marginalisation qu'ils endurent en ayant un environnement juridique non réformé dans le sens d'une voie prônant clairement le « pro business » à travers l'accueil des capitaux, la technologie et savoir faire extérieurs.

784. Par conséquent- nonobstant la souveraineté des États d'Afrique de l'Ouest qui consiste à adopter les règles qu'ils veulent pour déterminer le cadre législatif et réglementaire relatif à l'accueil, le traitement et la protection des investissements étrangers- il faut dire que l'environnement des investissements est de fait déterminé par la Banque mondiale. La conséquence logique de ce modèle d'encadrement juridique est la floraison d'une certaine idée de la sécurité et de la flexibilité normatives faites de classements pour mesurer l'efficacité et le degré de protection du cadre juridique des affaires. L'indice Doing Business¹⁷²⁴ est le témoin phare de cette conception. En effet, depuis sa création en 2004, cet indice procède à un « célèbre » classement dans son rapport annuel a fin de montrer la tendance scrutant les pays les plus « réformateurs ». Les pays les réformateurs où « faire des affaires » est facile du fait d'une sécurité juridique élevée, incluent un nombre restreint de pays. Les pays d'Afrique de l'ouest sont généralement très mal classés dans cet indice composite tant, il ne suffit pas d'une constellation de règles juridiques pour se conformer aux meilleures pratiques en matière d'investissement. En Afrique de l'ouest-malgré les progrès dans l'amélioration du cadre législatif et réglementaire, faire des affaires y est très difficile.¹⁷²⁵ Le Classement de l'indice Doing Business le souligne dans les différents rapports. Certains ont les meilleurs réglementations et sont très réformateurs : les meilleurs classés :

¹⁷²³ Voir Paul McClure *Guide de la Banque mondiale*, 1ère édition, Bruxelles, éd. De bock & Larcier s.a. 2005

¹⁷²⁴ La genèse de cet instrument témoigne du triomphe de la préoccupation essentiellement utilitariste et efficace de la règle de droit. Ce point de vue est exprimé par l'auteur Bertrand du Marais : « *Disposer d'une doctrine simple d'utilisation et permettant d'identifier les « bonnes pratiques » à mettre en œuvre de façon universelle, présenterait donc un intérêt majeur. C'est dans ce contexte que sont intervenus les travaux menés sous l'égide de l'économiste A. Shleifer. Initialement consacrés à la sphère des marchés financiers (avec les travaux dits « law and finance », ils sont séduits la Banque Mondiale à partir de 2003, qui les a ensuite repris dans ses rapports successifs Doing Business »* IFC, DB 2004, Washington DC, 2003. Voir B. Du Marais « Comment élaborer une politique de réforme juridique « soutenable » ? In Perspective sur la justice « Reformes du droit économique et développement en Asie Enseignements de la Chine, de l'Indonésie et de la Thaïlande », étude du programme « Attractivités économique du droit » Sd. de Judith Gibson & Bertrand du Marais, éd. La documentation française, Paris 2007 p.8

¹⁷²⁵ Un continent comme l'Afrique-notamment sa partie ouest illustre les limites du cadre juridique comme d'attractivité aux IDE. L'investisseur étranger a certes besoin avant tout d'un cadre législatif sécurisant, stable, protecteur et prévisible, mais mieux, un investissement obéit toujours à des coûts. Ce qui naturellement pousse les investisseurs à chercher des pays ou des zones d'intégration régionale avec des infrastructures de transport et d'énergie de très bonnes qualités, l'existence d'un pouvoir d'achat assez élevé de la part des consommateurs. Ceci n'est pas toujours le cas encore pour l'Afrique de l'ouest.

Position	Économie	Score
1	Nouvelle Zélande	87,01
2	Singapour	85,05
3	Danemark	84,87
4	Hong Kong	84,21
5	Corée République	84,07
6	Norvège	82,82
7	Royaume Uni	82,74
8	Etats-Unis	82,45
9	Suède	82,13
10	Macédoine	81,74

Source : Base de données Doing Business Rapport 2017 « *égalité des chances pour tous* » p.8

785. La remarque qu'on peut ressortir de ce classement, est que le pays qui remplissent le mieux les critères de la Banque Mondiale pour faire des affaires partagent en commun un certain nombre d'attributs tels que le libéralisme pro business au plan économique, les réglementations ouvertes, favorables et prévisibles pour les affaires et surtout une stabilité et la qualité du système institutionnel (politique, démocratie, bonne gouvernance et performances du système administratif). Ensuite, ce sont pour l'essentiel de petits pays (hormis les Etats-Unis et la Grande Bretagne) qui sont homogènes du point de vue de la population. Enfin, le niveau de développement élevé (qualité haute des infrastructures, niveau élevé de la formation des ressources humaines, pouvoir d'achat élevé etc. Par conséquent avec leur score élevé, tout investisseur se verra protéger et traiter avec un maximum de sécurité sur le plan juridique

Ce classement « élogieux » tranche avec celui obtenu par les pays d'Afrique de l'Ouest

Position	Économie	Score
108	Ghana	58,82
129	Cap Vert	55,28
141	Mali	52,96
142	Cote D'Ivoire	52,31
145	Gambie	51,70
146	Burkina Faso	51,33
147	Sénégal	50,68
148	Sierra Leone	50,23
150	Niger	49,57
154	Togo	48,57
155	Bénin	48,52
163	Guinée	46,23
169	Nigeria	44,63
172	Guinée Bissau	41,63
174	Liberia	41,41

Source : Doing Business base de données Rapport 2017 « *égalité des chances pour tous* » p.8

786. Le tableau illustre la traine des quinze (15) pays d'Afrique de l'Ouest s'agissant de la « facilité de faire des affaires ». En effet, les positions de ces pays et les scores obtenus illustrent- au regard des critères de la Banque Mondiale- la dégradation de l'environnement sécuritaire avec : une protection réglementaire faible, la faible protection des contrats, l'étouffement bureaucratique en matière de (création d'entreprise, licenciement, fiscalité et obtention de licences etc.). Cet environnement juridique et politique risqué s'ajoute-comparativement aux pays les mieux classés- des infrastructures de mauvaises qualités voire inexistantes notamment sur le plan énergétique. Enfin, la qualité de la gouvernance publique et privée (formation des ressources humaines, gouvernance d'entreprise, niveau de développement et la qualité de l'exécution des lois et règlements de la part des administrations publiques) montre un environnement juridique peu protecteur des pays de la CEDEAO. Le classement est très scruté par les milieux d'affaires des pays développés, mais aussi et surtout les pays dirigeants des pays d'Afrique de l'ouest. Le bon classement est devenu un critère de marketing que les pays d'Afrique n'hésitent à brandir comme argument du sérieux des réformes juridiques et réglementaires concernant la promotion et le traitement des investissements. Le terme de confiance des acteurs privés est un baromètre important du système réglementaire des affaires.

2) Par l'instauration de la notion d'indice et de confiance dans le système réglementaire des affaires

787. La protection des investissements étrangers prônée par cet instrument présente une certaine particularité : elle rend faible l'approche globaliste (consistant pour les États d'accueil de permettre aux investisseurs étrangers de s'implanter, de fructifier leurs activités et d'augmenter leurs marges et les entreprises se voient appliquer la loi nationale qui est adaptée aux circonstances liées à l'intérêt général, le respect des normes sociales et environnementales etc.) au profit de l'approche gestionnaire et efficace de la loi (les lois nationales doivent être adaptées dans le sens d'une plus grande efficacité et réactivité afin de permettre aux investisseurs et entreprises d'avoir des « facilités maximum de faire des affaires »). Des pays comme ceux d'Afrique de l'Ouest où (à la faveur de beaucoup de facteurs juridiques et non juridiques) faire du business est très difficile, le caractère législatif et réglementaire est sans cesse adapter pour accroître la confiance qu'attend de lui les investisseurs étrangers. Le Groupe de la Banque Mondiale depuis le premier rapport DB de 2003 dégage plusieurs critères mesurant la confiance, l'efficacité et la solidité du cadre législatif et réglementaire des pays.

Série d'indicateurs 11 aspects	Domaines couverts par DB- 11 aspects de la réglementation des affaires Ce qui évalué
Création d'entreprise	Procédures, délais, coûts et apports en capital minimum requis pour créer une société à responsabilité limitée
Obtention d'un permis de construire	Procédures, délais et coûts liés à l'exécution de toutes les formalités requises pour construire un entrepôt et dispositif de contrôle de qualité et de sécurité dans le système d'obtention d'un permis de construire
Raccordement à l'électricité	Procédures, délais et coûts de raccordement au réseau électrique fiabilité de l'approvisionnement en électricité et prix de l'électricité
Transfert de propriété	Procédures, délais et coûts de transfert du titre de propriété, et qualité du système d'administration foncière
Obtention de prêts	Lois sur le nantissement de biens meubles et systèmes d'information sur la solvabilité
Protection des investisseurs minoritaires	Droits des actionnaires minoritaires dans les opérations entre parties liées
Paiement des taxes et impôts	Paiements, délais et total à payer pour une entreprise qui applique intégralement la législation fiscale
Commerce transfrontalier	Délais et coûts associés à l'exportation du produit présentant un avantage comparatif et à l'exportation de pièces automobiles
Exécution des contrats	Délais et coûts de règlement d'un litige commercial et qualité des procédures judiciaires
Réglementation de l'insolvabilité	Délais, coûts, résultats et taux de recouvrement dans les cas d'insolvabilité et solidité de la législation dans ce domaine
Réglementation du marché du travail	Souplesse de la réglementation du travail et aspects de la qualité de l'emploi

Source : Groupe de la BM rapport Doing Business 2017 « *égalité des chances pour tous* » p.22

788. Ces « indicateurs et ces onze (11) aspects de la vie des affaires » montrent que les pays d'Afrique de l'Ouest ne présentent pas toutes les garanties sécuritaires au plan juridique en ce qui concerne l'efficacité, l'efficience et la rapidité des procédures de création des entreprises. Le tableau illustre à merveille- si besoin en ait- que l'environnement des affaires

est rendue difficile dans ces pays le « déficit de confiance » entre les acteurs de la vie économique, ce, au plan interne et externe. Cela s'explique par la dégradation du climat juridique des affaires due à une mauvaise protection de l'investisseur et des entreprises nationales en aval. La lenteur des procédures, la bureaucratie incompétente et la faible capacité en matière d'exécution des lois et règlements ont eu comme conséquence : la mauvaise régulation en aval de certains investissements étrangers et entre les étrangers et les nationaux comme le secteur bancaire et assurantiel et les Télécommunications.

789. Une autre illustration qui illustre la faible observance des pays d'Afrique de l'Ouest des aspects de la réglementation des affaires de la BM, c'est aussi l'absence- la plupart du temps- de transparence des marchés publics. Enfin, la faiblesse du respect des « indicateurs » en « facilité de faire des affaires » est la conséquence du faible suivi des projets d'investissement, des décisions administratives et des enchevêtrements de procédures étouffant le démarrage d'activités commerciales rapidement. L'idée que le meilleur environnement institutionnel et réglementaire est celui qui fait la promotion de la simplification des réglementations est au cœur du DB de la Banque Mondiale

3) Par la promotion de la simplification des réglementations relatives aux affaires

790. Les acteurs de l'investissement international (particulièrement les entreprises étrangères s'implantant dans les pays en développant) n'aiment pas « l'incertitude » qui consiste à changer fréquemment le cadre législatif et réglementaire relatif aux IDE. Ainsi, les règles relatives au traitement, à la protection et au règlement des différends- dans le contexte de la mondialisation du droit et de l'économie- l'affaire (n'ont pas des Etats) d'une communauté institutionnelle. Dans ce contexte, le nationalisme juridique est difficilement opérationnel (du fait des risques évidents de marginalisation que courent des pays-pour l'essentiel- importateurs de capitaux. Ici le droit qui réglemente les affaires est considéré pour sa finalité économique-commerciale (prévisible, transparente et claire) et non pour sa finalité juridico-philosophique qui consiste à un traitement égalitaire et non discriminatoire entre les acteurs de la vie économique. Ce qu'un auteur traduit par « légitimité versus efficacité, détermination par l'origine ou pilotage par les résultats, absolutisme ou conséquentialisme de la règle »¹⁷²⁶. La recherche de simplification se traduit du point de la protection par le souci de combiner l'information, le juridique et le judiciaire Ainsi pour le rapport Doing Business: « *la protection des investisseurs se décompose en trois dimensions : l'information du public (disclosure of ownership and financial information), les protections juridiques des « petits » investisseurs (small investors) et l'efficacité des tribunaux ou régulateurs (enforcement capabilities in the courts of securities regulators).* »¹⁷²⁷ La conception utilitariste de la réglementation a abouti (à la non prise en compte des facteurs essentiels des objectifs de l'investissement et de la vie en entreprise : valeurs sociales, morales et éthique etc.) à ne

¹⁷²⁶ Voir René Sève « *Doing Business : une start-up à faire prospérer* » pp.13-18 in mesurer l'efficacité économique du droit éd. LGDJ, 2005 Paris p.14

¹⁷²⁷ Voir Association Henri Capitant « *Les droits de tradition civiliste en question A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale* » éd. Société de législation comparée-2006 p.62

rechercher que l'efficacité. C'est ce qui explique l'adoption de la réglementation **SMART** et ses principes.

Simplifiées	Réglementations- qui permettent d'obtenir le résultat souhaité de la façon la plus efficace
Mesurables	Réglementations- qui ont un effet positif mesurable pour faciliter les interactions sur le marché
Adaptables	Réglementations- qui s'adaptent à l'évolution de l'environnement
Relatives	Réglementations- qui sont d'une envergure appropriée aux problèmes qu'elles sont censées résoudre
Transparentes	Réglementations- qui sont claires et accessibles à toute personne qui a besoin de les utiliser

Source : BM, SFI, Doing Business rapport 2013, « des réglementations intelligentes pour les PME » p.24

791. Le modèle SMART de la Banque Mondiale montre et illustre à merveille la simplicité, le pragmatisme et l'évolution sans cesse continue pour alléger les réglementations dans le sens d'une facilité toujours plus grande octroyée aux investisseurs et à l'entreprise. Les règles doivent avoir des caractéristiques comme la simplicité(vision du résultat), être mesurées(vision positive favorisant la fluidité du marché), être adaptées(vision qui suit étroitement le climat des affaires), être relatives(c'est-à-dire vision adaptée aux questions juridiques à résoudre) et en enfin être transparentes(c'est-à-dire la prévisibilité pour tout acteur économique et commercial utilisant et s'intéressant aux règles). Si l'instrument « phare du groupe de la Banque Mondiale » fait l'unanimité de la communauté des affaires au plan international sur l'efficacité à « faciliter les affaires », il est loin (par contre) de faire l'unanimité tant les critiques de forme et de fond sont légions à son encontre.

B : Analyse critique de l'instrument Doing Business de la B.M.

L'instrument créer pour mesurer la « vigueur » des réglementations du business dans le monde fait l'objet de critiques du fait des problèmes d'approche et de méthodologie soulevés (1) ; le parti pris de l'instrument en faveur du système du Common Law conçu comme le plus adapté pour les affaires (2) et il y a le dernier aspect qu'est l'instauration d'une compétition juridique défavorable aux pays d'accueil ouest africains (3).

1) Le problème d'approche et de méthodologie de l'instrument de mesure

792. L'investissement international et sa protection concernent plusieurs acteurs (Etats, entreprises, Organisations internationales, de plus en plus les ONG et les communautés locales des pays d'accueil etc.). L'exhaustivité pour mesurer l'efficacité de la réglementation

dans le monde et particulièrement dans les pays d'Afrique aurait voulu la consultation de tous les acteurs internes des pays d'accueil intéressés par la protection et la pratique des investissements. Autrement, la méthodologie employée interroge sur la « légitimité » de la méthodologie en passant à la représentativité des acteurs et à leur influence dans chaque pays : *« La méthodologie utilisée pour développer l'indice générale Doing Business pour chaque pays est relativement simple : des experts en droit et en management comme des avocats d'affaires, des consultants d'entreprises, des avocats plaidants et des juges sont invités à remplir un questionnaire couvrant les dix(10) critères. Le questionnaire est basé sur une situation hypothétique afin d'assurer une certaine uniformité entre les pays. »*¹⁷²⁸ La méthodologie simpliste a conditionné le succès des rapports dans le monde des affaires. En effet, cet indicateur passe du postulat « idéologique » que le secteur privé est le moteur de tout processus de développement économique.

793. Par conséquent, toute interférence dans les activités économiques et commerciales à la puissance publique (par le biais de la réglementation) ne peut que conduire à des distorsions. C'est la raison pour laquelle, la méthodologie utilitariste s'est imposée au détriment d'une approche juridique légitimiste prenant en compte les préoccupations et les finalités des règles relatives aux investissements, les facteurs spécifiques de la production normative dans les pays importateurs de capitaux, à la culture juridique et les attentes spécifiques du secteur privé local. Par ailleurs, la méthodologie s'inscrit dans une « *filiation intellectuelle* » particulière entre « *Doing Business et groupe LLSV* ». En effet : *« Cette entreprise est menée par une équipe de rédacteurs appartenant à la Banque Mondiale. Pour autant, elle s'appuie sur des travaux antérieurs réalisés par un groupe d'universitaires américains. Ce dernier groupe est animé par les professeurs Andrei Shleifer du Department of Economics de la Graduate School of Art and Science de la Harvard University ...Les Rapports indiquent ainsi que l'équipe LLSV a été l'auteur de tous les backgrounds studies sur lesquelles le Rapport est fondé. De même, il est indiqué que le Professeur Shleifer est intervenu comme conseiller scientifique pour, selon les termes du Rapport, « apporter la rigueur académique et faire le lien entre la théorie et la pratique. Enfin, la méthodologie employée pour établir chacun des chapitres des Rapports reprend strictement les publications antérieures du groupe LLSV comme cela est indiqué dans la partie » référence » des Rapports.»*¹⁷²⁹

794. L'investissement international dans sa pratique dans les pays comme ceux d'Afrique de l'Ouest n'obéit pas seulement à des critères peu représentatifs (tels que la facilité pour les affaires, l'efficacité des règles et le pragmatisme de l'environnement des affaires), mais dépasse ce stade pour amorcer les objectifs de développement du pays, des communautés locales des zones d'investissement, la satisfaction légitime de l'intérêt général et le respect des préoccupations sociales et environnementales. Étudiant systématiquement les méthodes utilisées par l'indicateur du Groupe de la Banque Mondiale Frédéric Rouvillois distingue trois

¹⁷²⁸ Voir Timothy C.G Fisher et M. Melatos « L'environnement économique en Chine, Indonésie et Thaïlande » pp.17-36 in Perspectives sur la justice Reformes du droit économique et développement en Asie Etude du programme Attractivité économique du droit Sd. de Judith Gibson & Bertrand du marais, éd. La Documentation française, Paris 2007 p.19

¹⁷²⁹ Voir Association Henri Capitant « Les droits de tradition civiliste en question A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale »éd. Société de législation comparée-2006 volume 1 pp.14-15

méthodes : « *La première, très classique au fond (l'originalité est ici dans le nombre de pays étudiés et dans la visée réformatrice) consistait à recueillir des données factuelles, de façon transparente et reproductible, sur les règles et les pratiques du droit des affaires dans plus de cent trente Etats...La seconde méthode, utilisée dans un temps pour interpréter globalement les données de fait ainsi recueillies, paraissait plus novatrice...Méthode innovante, certes, en ce qu'elle(re)découvre une dimension parfois négligée ; mais, finalement, méthode défailante, à la fois parce qu'elle se fonde sur une approche sommaire des réalités juridiques, qu'elle prétend plier aux critères quantitatifs de l'économie.* »¹⁷³⁰. L'instrument de la Banque Mondiale- malgré son « autorité » est loin de faire l'unanimité sur son parti pris supposé en faveur du système du Common Law.

2) Le parti pris en faveur du système juridique du Common Law

795. Le comparatisme simpliste de l'ensemble des systèmes juridiques mondiaux a fini par consacrer celui de tradition du Common Law comme le meilleur le plus apte à même de permettre aux acteurs locaux de chaque pays, et même au niveau international, de faire des affaires sans obstacle. Le parti pris a été manifeste dès le début du Rapport en 2004 où l'indicateur a été sévère vis-à-vis de la tradition civiliste continentale.¹⁷³¹ La tradition juridique des différents des différents pays, continents et surtout aires civilisationnelles ont été systématiquement ignorés dans les différents rapports. Ceci est peut elle être admise de la part d'une Organisation universelle comme le Groupe de la Banque Mondiale ? C'est tout à fait le contraire de l'Organisation des Nations Unies dont la Cour Internationale de Justice souligne la nécessité de prendre en compte au mieux tous les systèmes et traditions juridiques dans le monde en ce qui concerne la procédure de règlement des différends inter étatiques.¹⁷³²

796. La dichotomie voire l'inefficacité du droit de tradition du Code comparée au Common law est due- selon certains auteurs- à l'« *Étatisme* » du modèle de juridique français étouffant qui n'est pas favorable à l'existence d'un secteur privé fort, dynamique et évolué : « *La tradition juridique d'origine française se caractérise par une intervention plus forte de l'Etat par rapport à ce qu'on observe dans la tradition de common law. Compte tenu de l'analyse que le groupe fait de l'efficacité des interventions de l'Etat, il en résulterait que la tradition juridique française serait structurellement moins efficace que la tradition du common law, caractérisée par la place plus grande qu'y occupe le juge. La place même qu'occuperait la*

¹⁷³⁰ Voir F. Rouvillois « *Une méthode innovante mais défailante* » pp.15-23 in Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ? Colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique SD de Frédéric Rouvillois éd. Dalloz-2005 p.15

¹⁷³¹ L'auteur F. Rouvillois le note en ces termes : « *Le Bien contre le Mal, la Common law contre la tradition juridique française, facteur d'inefficacité, de corruption, de lourdeur et détenteurs : les conclusions du rapport Doing Business 2004 ont fait bondir de nombreux juristes français- et parfois, renforcé leur prévention à l'encontre de la Common law, bénéficiaire involontaire d'une promotion caricaturale.* » p.15 ibid.

¹⁷³² Cette recherche de légitimité est consacrée par l'article 9 du Statut de la CIJ du 26 juin 1945 « *Dans toute élection, les élections auront en vue que les personnes appelées à faire partir de la Cour non seulement réunissent individuellement les conditions requises, mais assurent dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde* »

*régulation dans la tradition juridique française serait un obstacle à son évolution. »*¹⁷³³ Le postulat simpliste touche aussi les pays d'Afrique de l'Ouest pour l'essentiel d'ex colonies française et Britannique et que les systèmes juridiques relatifs aux affaires résultent des systèmes d'influence- de ces deux pays ex colonisateurs- qui ont survécu.¹⁷³⁴ Cette opposition entre deux systèmes juridiques occidentaux en rajoute une autre entre pays développés et pays en développés : « *Les Rapports DB reposent sur le postulat que les pays les moins développés sont ceux qui réglementent le plus les affaires, qu'une réglementation plus lourde produit les pires résultats et qu'un modèle unique peut convenir à tous (« one size can fit all »).* Dans une conclusion clairement affirmée et particulièrement controversée, le premier rapport déclarait que les systèmes inspirés du Code civil- et plus particulièrement du système français- étaient des instruments moins efficaces que les systèmes de common law pour le développement économique »¹⁷³⁵.

797. La concurrence normative et exacerbée par la mondialisation de l'économie où les systèmes juridiques concourent à l'encadrement et à la régulation juridique des affaires au niveau communautaire et au niveau international. Le droit est un élément de puissance économique et culturelle qu'elle régule et renforce à la fois. Le droit anglo saxon est héritier de cette tradition pour rayonner son influence sur le monde du business à l'international. Ce parti pris qui consiste à ne voir du système du common law comme le système idéal de sécurité juridique des affaires est battu en brèche par un auteur¹⁷³⁶. L'indicateur de la SFI du Groupe de la Banque Mondiale présente une autre particularité c'est-à-dire l'instauration d'une compétition juridique défavorable aux pays d'accueil de la sous région ouest africaine.

3) L'instauration d'une compétition juridique défavorable aux pays d'accueil ouest africains

798. Il faut dire qu'avec la rareté des ressources liées à l'aide publique au développement, les investissements étrangers sont devenus une « manne » très recherchée par les pays développés et surtout les pays en développement réputés importateurs par excellence de capitaux. Traditionnellement, il y a une concurrence fiscale entre États pour réserver le meilleur traitement possible et sécuritaire aux investissements. De nos jours, les pays d'Afrique de l'ouest rivalisent d'ardeur pour savoir qui octroiera le meilleur traitement promotionnel à l'investissement. Dans ce contexte, l'indice Doing Business vient exacerber

¹⁷³³ Voir Association Henri Capitant « Les droits de tradition civiliste en question A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale » éd. Société de législation comparée-2006 volume 1 p.25

¹⁷³⁴ Voir Robert (S.) « Culture juridique africaine Nature de l'ordre juridique en Afrique » pp.179-183 in « *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales* » Sd de Wanda Capeller /Takanori Kitamura, Bruxelles éd. Bruylant 1998 p.182

¹⁷³⁵ Voir Perspectives sur la justice Reforme du droit économique et développement en Asie Enseignement de la Chine, de l'Indonésie et de la Thaïlande Etude du programme attractivité économique du droit » Sd de Judith Gibson et Bertrand du marais, éd. La Documentation française, Paris-2007 p.13

¹⁷³⁶ Laurent C.- Tanugi récuse la dichotomie entre droit écrit (système de la tradition du Code civil) et droit du common law (jurisprudentiel) n'est pas fondé à son avis. Il par le plutôt de « *convergence des modèles et des traditions juridiques ...Il y a des nuances, mais grosso modo, c'est la même chose et ce n'est ni particulièrement de la common law ni du droit civil, c'est quelque chose de différent* » voir Laurent Cohen-Tanugui « Droit civil contre common law : un faux débat » pp.25-27 in « le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ? Colloque organisé par la fondation pour l'innovation politique sd de F. Rouvillois éd. Dalloz-2005 p.26

la concurrence normative pour pousser les pays à se conformer aux meilleures pratiques internationales en matière de « *facilité de faire des affaires*. »¹⁷³⁷ La conséquence de cette « compétition » sur le plan législatif et réglementaire est la recherche de la législation la moins « disante par le bas » pour obtenir une attractivité à faire des affaires.

799. Poussé à l'extrême, ce modèle de réglementation sans cesse flexible et pragmatique peut aboutir à plus d'unilatéralité de la protection au profit toujours exclusif des investisseurs étrangers et au détriment toujours « consenti » des pays d'accueil. « La nouvelle doctrine » de la Banque dans le sens d'un plus grand traitement sécuritaire pour l'entreprise et l'investissement conduit les pays d'Afrique de l'Ouest à une course chronologique « d'offrir plus » aux investisseurs étrangers au détriment parfois- des nécessaires obligations auxquelles tout investisseur est astreint. Cette course qui consiste à voir les règles adoptées par les Organisations économiques internationales comme toujours les meilleures devraient conduire les États récepteurs à revoir parfois les conséquences mitigées à l'épreuve de la pratique. C'est le point de vue exprimé par le juriste algérien Mouhamed Bedjaoui qui invite les pays du Sud à sortir de la « *chronolatrie* » avec un certain sens de l'anticipation : « *Les pays en développement sont des schismatiques de la chronolatrie. Une norme n'est pas nécessairement meilleure parce qu'elle a reçu la consécration de nombre de générations et triomphé de l'épreuve du temps. En vérité, on devrait même adopter une attitude qui serait tout le contraire de cette chronolatrie, pour permettre de « réparer des ans l'irréparable outrage », comme disait Racine.* »¹⁷³⁸

800. La compétition juridique entre États pour l'accueil et l'implantation des entreprises étrangères est ruineuse sur le plan fiscal,¹⁷³⁹ sur le plan du développement durable¹⁷⁴⁰ et sur le plan de la nécessaire réciprocité des avantages.¹⁷⁴¹ Le risque lié à la compétition juridique est tellement visible et prégnant dans les stratégies de protection des investissements étrangers que le texte communautaire n'hésite à mettre en garde et attirer l'attention des États membres dans les mesures de promotion : « *Les États d'accueil potentiels évitent d'entrer en*

¹⁷³⁷ Voir les rapports qui soulignent les progrès de chaque pays sur un aspect particulier des « facilités »

¹⁷³⁸ Voir M. Bedjaoui « *Un point de vue du tiers monde sur l'organisation internationale* » pp.223-282 in *Le concept d'Organisation Internationale* » Directeur de publication George Abi-Saab Publié par l'Unesco 1980 p. 226-227

¹⁷³⁹ Avec la course engagée par les États sur les larges exonérations fiscales dont bénéficient les investisseurs étrangers. La fiscalité est un levier d'attractivité important pour la protection et la promotion des investissements, mais en Afrique de l'Ouest, plus que ça, le levier fiscal est un baromètre stratégique de mesure de la performance des réglementations relatives aux investissements étrangers.

¹⁷⁴⁰ L'environnement une donnée essentielle en matière d'investissement est de plus en plus sacrifiée sous l'autel de l'attractivité des États de la sous-région pour les IDE. Surtout dans un contexte mondial de « *réchauffement climatique* » de la « *promotion des énergies durables et alternatives* » et l'instauration de *mécanismes incitatifs favorables à l'investissement vert* » Voir L. Delabie « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux » pp.135-169 in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » Sd de S. Robert-Cuendet Préface de B. Stern éd. Bruylant, Bruxelles 2017 p. 147

¹⁷⁴¹ Le droit international des investissements contemporain est caractérisé par un déséquilibre des intérêts au tour et au profit des investisseurs étrangers et au détriment des Etats. Dans ce contexte, plus de compétition juridique entre États de la sous-région encore risquerait de nuire davantage à la protection des États dans le processus de protection et de promotion des investissements. « *Dans le cadre de la politique d'attractivité qui accompagne la mondialisation, ces contrôles peuvent être allégés, mais subsistent* » Voir (Ph.) Kahn « *Ethique & investissements* » pp.111-119 in « *L'éthique dans les relations économiques internationales* » en hommage à Philippe Fouchard éd. Pedone-paris 2006 p.

compétition pour attirer un ou des investissements au moyen de mesures qui faussent la concurrence régionale en matière d'investissement. A cet égard, les États membres engagent des négociations visant à harmoniser les mesures appropriées qui seront orientées vers des actions de sensibilisation et de mobilisation. »¹⁷⁴² L'idée de protection murie dans des enceintes internationales comme celle incarnée par la Banque Mondiale met l'accent uniquement sur l'efficacité et la sécurité des règles pour les entreprises, alors que les États (dans les pays en développement comme ceux d'Afrique) incarnent par excellence de l'intérêt général se retrouvant souvent en position de faiblesse. Dans la mesure où le pouvoir de réglementation, réduite à sa plus simple expression, est obligée de s'adapter pour un traitement non discriminatoire de l'investisseur étranger. Dans ce contexte de recherche d'efficacité et de sécurité juridique, il y a l'intervention de structure financière régionale comme la Banque Africaine de Développement.

OO- Paragraphe 3 L'intervention de la BAD : la facilité africaine de soutien juridique

Dans la négociation et la rédaction de contrats portant sur les ressources naturelles, les États d'Afrique de l'Ouest ont un déficit d'expertise manifeste (A), raison pour laquelle, la BAD assiste les États dans les contrats extractifs (B).

A : Le constat du déficit d'expertise dans la négociation de contrats complexes

801. Les contrats portant sur les investissements signés par les pays d'Afrique de l'Ouest ont des caractéristiques juridiques propres : présence de clauses de stabilisation législative très favorable aux intérêts des investisseurs¹⁷⁴³, présence de clauses de règlement des différends plus ou moins favorables aux entreprises.¹⁷⁴⁴ Ces deux marqueurs juridiques des contrats d'Etat ne peuvent pas cacher l'asymétrie d'information et le manque d'expertise et de savoirs faire des États vis-à-vis des investisseurs. En effet, ces genres d'investissements qui soulèvent des enjeux, des problématiques et des perspectives complexes et changeants nécessitent une maîtrise d'une série de risques. Cette maîtrise des risques peut être soulevée à travers le risque environnemental : Il s'analyse à la volonté des deux parties de minimiser l'impact environnemental du projet en écartant explicitement ou implicitement la précaution

¹⁷⁴² Voir article 23 de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO Fait à Abuja (Nigéria) le 19 décembre 2008

¹⁷⁴³ Voir Dans le cadre des contrats signés miniers signés par le Sénégal, la clause est énumérée comme suit : « L'Etat s'engage à garantir à Rangold et à la société d'exploitation, la stabilisation des avantages économiques et financiers, des conditions fiscales et douanières, législatives et réglementaires prévus dans la convention, pendant toute la durée d'exécution » voir article 32 « engagement de l'Etat » de la Convention minière pour l'or et substances connexes entre le Gouvernement de la République du Sénégal et la Société Rangold Resources Limited. Fait à Dakar, le 12 février 2008, voir aussi Catharine (Ti.) « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil », JDI-2 2014 p.543

¹⁷⁴⁴ Voir article 42 « règlement des différends et d'arbitrage » de la Convention minière pour l'or et substances connexes entre le gouvernement de la République du Sénégal et la société Rangold Ressources Limited Fait à Dakar le 12 février 2008

environnementale, l'audit environnemental et les conséquences des méga contrats sur le développement durable.

802. Souvent, devant les risques environnementaux éventuels¹⁷⁴⁵, le cadre contractuel ne se borne qu'à évoquer le respect de l'environnement par « la préservation, pendant toute la durée de la Convention, l'environnement et les infrastructures publiques affectées à leur usage ; à réparer tout dommage causé à l'environnement ; à se conformer à la législation en vigueur relative aux déchets dangereux et notamment à la Convention de Bale relative aux déchets toxiques »¹⁷⁴⁶ Ensuite, l'autre catégorie de risque c'est la faible capacité juridico-institutionnelle : capacité de l'autorité politique et administrative chargée de la négociation des engagements contractuels,¹⁷⁴⁷ capacité d'exécution plus ou moins faible des engagements contractuels de la part des administrations publiques¹⁷⁴⁸ . Dernier facteur de risque est le risque financier : faible protection des intérêts légitimes des États quel statut fiscal pour les investisseurs dans les méga contrats extractifs ?¹⁷⁴⁹

803. De même la complexité de ces contrats soulèvent dans des pays comme ceux d'Afrique de l'Ouest -réputés instables et institutionnellement faibles sur le plan des capacités- de contestations d'acteurs comme les Communautés locales dans les zones d'implantation des opérations extractives.¹⁷⁵⁰ La réunion de toute cette expertise diverse de la part d'un État africain est très rare. Les contrats portant sur les ressources extractives sont négociés par les administrations publiques compétentes des différents Etats.¹⁷⁵¹ La plupart, ils

¹⁷⁴⁵ Voir l'ouvrage de Makane M. Mbengue « *Essai sur une théorie du risque en droit international public L'anticipation du risque environnemental et sanitaire* », Paris éd. A. Pedone 2009

¹⁷⁴⁶ Voir article 17 Convention de recherche et d'exploitation pour l'attapulgit et les substances connexes passée en application de la Loi 88-06 du 26/08/1988 portant Code minier du Sénégal entre le Gouvernement de la République du Sénégal et Sénégal-Mines S.A. Fait à Dakar le : 07 février 1997

¹⁷⁴⁷ La négociation de contrat important portant sur un aspect des politiques de développement nécessite la préparation et la mise sur pied d'une expertise spéciale : sur le plan juridique et sectoriel. En ce sens que ces genres de contrats posent la problématique de l'asymétrie de l'information entre les deux équipes chargées de mener les négociations. S'y ajoute le déficit de connaissance sectoriel de l'objet du contrat d'où l'importance pour le gouvernement du pays en question de solliciter une expertise scientifique souvent à l'extérieur et au prix assez cher. Voir Sueur J-J « La sécurité juridique en droit public économique » pp.449-466 in « *Sécurité juridique et droit économique* », Bruxelles, éd. Larcier 2008 p.454

¹⁷⁴⁸ Voir Le Boulanger Ph. « *Les contrats entre États et entreprises étrangères* », Paris, éd. Economica, 1985 pp. 119-128

¹⁷⁴⁹ Voir les garanties fiscales dans les Codes d'investissement et des Codes miniers des pays d'Afrique de l'Afrique de l'ouest : des instruments d'un type nouveau largement dominés par le régime des incitations, voir spécial. La Loi N°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier du Sénégal avec les avantages fiscaux particuliers pendant la phase de recherche et les avantages fiscaux particuliers accordés pendant la phase d'exploitation –art.78 à 81.-

¹⁷⁵⁰ Pour éviter ces risques dans les opérations extractives, les textes pertinents prévoient l'intégration et la prévision des préoccupations des communautés locales dans les investissements extractives, voir spécialement art.16 « *développement durable et intérêt des communautés locales* » Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des Principes Directeurs et des Politiques dans le secteur minier Fait à Abuja, le 27 mai 2009

¹⁷⁵¹ Dans le cas spécifique du Sénégal, la négociation et la signature d'un contrat engageant l'Etat est de la compétence de la personne morale de droit « *Seule peut valablement signer un contrat, l'autorité administrative qui a qualité pour engager la personne morale de droit public. Les contrats conclus en violation du présent article sont nuls de nullité absolue.* » Voir art.47 de la Loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'administration « Code des obligations de l'administration annoté et la réglementation des marchés publics », Dakar, éd. E.D.J.A., 1998 p.32. Spécialement dans le domaine extractif, c'est l'autorité ministérielle compétente : l'administration du ministère chargé des mines ou des hydrocarbures qui sont

présentent plus d'inconvénients que davantage pour l'Etat producteurs de ressources naturelles : longues concessions accordée au contractant,¹⁷⁵² corruption¹⁷⁵³ et fréquence des malentendus liés à l'interprétation des obligations entre l'Etat et l'investisseur.¹⁷⁵⁴ Prenant conscience de ces insuffisances et faiblesses, La Banque Africaine dresse ce constat pour : « accompagner depuis 2010 les gouvernements africains dans le cadre de la négociation de transactions commerciales complexes. Elle se propose de remédier à l'asymétrie entre les capacités de négociation respectives des gouvernements africains et les investisseurs internationaux fortunés. Elle apporte une assistance juridique technique aux pays africains pour consolider leur expertise juridique et leur capacité de négociation dans les domaines suivants :

- 1) *La gestion de l'endettement et résolution des contentieux y afférents ;*
- 2) *Gestion et passation des contrats d'exploitation des ressources naturelles par les industries extractives ;*
- 3) *Négociation des contrats d'investissement ;*
- 4) *Et pratique des transactions commerciales s'y rattachant. »*¹⁷⁵⁵

Le souci d'accompagnement des Pays membres régionaux de l'institution panafricaine est un objectif de la Facilité. Le contexte juridique des contrats extractifs signés en Afrique de l'Ouest et l'immensité des enjeux justifient cette assistance envers les pays membres régionaux de la Banque panafricaine.

B : L'assistance aux États dans les contrats miniers et énergétiques intégrés

804. Le domaine extractif qui accueille l'essentiel des investissements reçus par l'Afrique de l'Ouest souffre de pratiques contractuelles dommageables pour la sécurité juridique des États dès le départ et les firmes minières plus tard¹⁷⁵⁶. Traditionnellement, les administrations des

chargées de négocier et de conclure des contrats extractifs engageant le pays. Dans le cas du Sénégal, la structure rattachée au ministère des hydrocarbures compétents pour engager l'Etat est la société national « PETROSEN ».

¹⁷⁵² « La concession d'exploitation d'hydrocarbures est octroyée au titulaire pour une durée ne pouvant excéder vingt-cinq ans...prorogée par décret pour une durée maximale de dix-ans » voir article 27 de la Loi N° 98-05 du 08 janvier 1998. L'inconvénient des longues concessions pétrolières et minières, c'est le temps que la situation environnementale de la zone après mines ou pétrole voir Darmois G. « *Le partage de la rente pétrolière État des lieux et bonnes pratiques* », Paris, éd. Technip, 2013 p.55

¹⁷⁵³ Le phénomène de la corruption est une pratique réelle dans les contrats extractifs en Afrique au point que les États africains renforcent le cadre juridique de lutte contre le phénomène voir « La Convention de l'UA sur la prévention et la lutte contre la corruption du 11 juillet 2003,. Mesurant la gravité du phénomène, l'OCDE souligne que « *Le secteur des industries extractives est particulièrement touché et compte pour 19% des affaires de corruption* » voir « Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale, Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers », OCDE 2014, p.8 cité par Th. Lauriol & Raynaud E. ouvrage précité p.39 ; voir la doctrine internationaliste Lankarani L. « La lutte contre la corruption transnationale » pp. 455-467 in « *droit pénal international* », 2° édition révisée, Paris, éd.A. Pedone Sd H. Ascensio, E. Decaux & A. Pellet, 2012

¹⁷⁵⁴ Voir S.N. Tall « L'arbitrage des différends avec les investisseurs privés étrangers : Les États d'Afrique subsaharienne devant le tribunal du CIRDI » pp.53-83, Revue EDJA N° 56 Janv-Fév-Mars 2003

¹⁷⁵⁵ Voir Facilité africaine de soutien juridique (ALSJ) sous l'égide de la BAD <https://www.afdb.org/fr/topics-and-sectors/initiatives-partnerships/african-legal-support-facility> consulté le 26/02/2018

¹⁷⁵⁶ Le préambule de l' « *Agreement for the establishment of the African legal support facility* » de la BAD note ce déficit d'expertise et de capacité de négociation « *Recognising that african Countries lack expertise and*

pays producteurs s'empressent de négocier et signer des contrats importants qui engagent les générations futures sans consultation au préalable des acteurs à la base (communautés locales de la zone d'extraction, société civile locale, ONG locale et/ou étrangère qui s'occupent du secteur) et des acteurs externes (Organisations économiques internationales). Ces contrats qui consacrent des obligations sur le long terme se révèlent, parfois, dans la pratique comme léonins et déséquilibrés en ce qui concerne la protection des intérêts des Etats.¹⁷⁵⁷ L'assistance de la Banque continentale renvoie à un ensemble visant à renforcer les capacités des PMR en matière de préparation, négociation et de signature de contrats complexes. Ainsi les buts et les fonctions de la Facilité sont : « 1. *The purpose for which the facility is establishment are :*

- (i) *To provide legal advice and services to African Countries in creditor litigation ;*
 - (ii) *To provide technical legal assistance to African countries to strengthen their legal expertise and negotiating capacity in matters pertaining to debt management and litigation, natural resources and extractive industries management and contracting ; investment agreements ; and related commercial and business transactions, as the case may be ;*
 - (iii) *To strengthen processus in african Countries.*
2. *To serve its purpose, the facility shall carry out the following functions and activites:*

(I) identification of legal expertise on creditor litigation; debt management; as well As the Case may be in extractive industries and other natural resources management and contracting, investiment agreements;

(II) Provision of financing to african member states of the facility to assist them with actual creditor litigation and negotiations of complex commercail transactions where shoul state shall be willing and able to reimburse the facility for the latter services;

(III) Investing in and organizing the training of legal Counsel from African member states of the facility to equip them to equip them with legal expertise necessary to adress creditor/vulture fund litigation. »¹⁷⁵⁸

805. Ce sont les États membres de la Banque qui sollicitent la structure et celle-ci mette sur pied une équipe composée d'experts juridiques très qualifiés pour fournir les conseils juridiques et l'assistance technique nécessaire durant toutes les phases du processus contractuel. Depuis 2010, la structure assiste et accompagne les États africains dans les

capacity in creditor litigation and in negotiations of acquire such expertise and capacity is constrained by financial and institutional limitation » <http://afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/legal-Documents/Agreement%20for%20the%20Establishment%20of%20the%20African%20legal%20Support%20>

¹⁷⁵⁷ Ici la notion de bénéfice des rapports entre les États africains et les firmes qui est analysée pour montrrer que ça n'a pas toujours profité aux États producteurs : « *Convinced that beneficial commercial relationships and proper balance of rights and obligations in complex commercial transactions investment agreements, natural resources contracts and creditor litigations can only be maintained if the parties thereto have full knowledge of their respective rights and obligations as well as equal opportunity and access to comptent legal services* » BAD Préambule Facilité africain de soutien juridique Ibid

¹⁷⁵⁸ Voir article 2 « *Purpose and functions* » « *Agreement for the establissment of the African legal Support facility* » FASJ sites de la BAD op cit. p.16

transactions minières complexes. Actuellement, « *La facilité intervient actuellement sur 26 projets actifs, dont près de 70% se rapportent à la fourniture de services de conseils prévoyant l'octroi d'une assistance directe au cours des négociations contractuelles, ou l'élaboration du socle juridique nécessaire pour négocier des contrats équilibrés. Les demandes adressées à la facilité portent principalement sur quatre domaines : 1) les contrats d'extraction de ressources naturelles, 2) les négociations de Partenariat public privé, 3) le contentieux avec les créanciers commerciaux, 4) les négociations sur la dette.* »¹⁷⁵⁹

L'irruption des Organisations financières spécialisées dans l'accompagnement des États pour qu'ils profitent des stratégies de protection des investissements, témoignent de la protection par l'efficacité et le résultat. Cette nécessité de protection des investissements axées sur les résultats (PAR) se retrouve dans le renforcement de la protection institutionnalisée à travers les administrations spécialisées nationales chargées du traitement des investissements étrangers.

Section 2 : Le renforcement de l'institutionnalisation de la protection au niveau national par le biais des organismes nationaux chargés du traitement et du suivi des IDE

806. Le domaine de la protection des investissements est doublement intéressant pour tout acteur du fait d'un double intérêt : d'abord du point de vue in abstracto, il est intéressant d'étudier théoriquement ce concept notamment sa définition juridique et sa signification économique. Le fait qu'il est à cheval sur plusieurs disciplines et qu'il a une triple dimension (national, internationale et récemment communautaire), alors que du point de vue in concreto, son étude permet de saisir sa dimension pratique et opérationnelle dans la vie de tous les jours. Elle a permis aussi de saisir la façon concrète dont les acteurs internes et externes et les institutions nationales de suivi l'appréhendent. Le phénomène bureaucratique a toujours selon les conceptions idéologiques en vigueur dans un pays ou région du monde- constitué un obstacle lourd ou une facilité. Il a donc subi des mutations considérables sur plan de ses prérogatives, missions, organisations et actions sur la façon de savoir quel est la meilleure façon d'octroyer un traitement et une protection optimales et équitables aux investissements et aux investisseurs nationaux et étrangers.

807. L'adoption d'une stratégie « pro business » dans les pays d'Afrique de l'Ouest d'alléger considérablement « *les normes imposant une autorisation administrative* »¹⁷⁶⁰. En effet, « *Par-delà le libéralisme affiché, un grand nombre d'Etats subordonnent la conduite d'une activité par un opérateur étranger à une autorisation administrative, ce qui assure aux autorités nationales un certain contrôle sur la teneur des opérations.* »¹⁷⁶¹ Le léger contrôle administratif marque donc les soucis de contrôler certaines grandes opérations, mais le principe (pour des pays pour l'essentiel importateurs de capitaux et à la recherche de la moindre opportunité d'investissement) c'est l'admission et le traitement favorables. La marque de la recherche des facilités administratives pour les investissements est un objectif

¹⁷⁵⁹ La Facilité compte actuellement 52 membres, dont 47 États et cinq Organisations internationales Voir <https://www.afdb.org/fr/topics-and-sectors/initiatives-partnerships/African-legal-Support-Facility/>

¹⁷⁶⁰ Voir A. De Nanteuil, Droit international de l'investissement, Paris, éd. A. Pedone 2014 p.61

¹⁷⁶¹ Voir A. De Nanteuil ibid p.61

crucial en vue d'un environnement juridique transparent et prévisible (§1). Le cas d'une Agence comme celui du Sénégal montre que la simplification administrative est une dimension essentielle de la protection (§2). L'aperçu comparatif dans ce domaine serait nécessaire dans ce qui se passe dans les autres pays de la sous région ouest africaine (§3).

PP- Paragraphe 1 : La marque de la recherche de facilités administratives pour l'investissement

La protection efficace de l'investissement étranger en Afrique de l'Ouest suppose la mise en place des administrations de mission (A), mais aussi la création du guichet unique pour le traitement des investisseurs étrangers (B).

A : Par la création des administrations de mission

808. Héritage de la tradition juridique Romano-germanique oblige, les pays d'Afrique de l'Ouest ont des administrations publiques où les fonctionnaires sont régis statutairement par le système des carrières marqué l'existence d'un statut légal et réglementaire¹⁷⁶². Ceci est le contraire d'un système anglo saxons de gestion¹⁷⁶³ peu présent dans les pays de la sous région. Les administrations africaines, outre le fait de faire fonctionner les services publics traditionnels, sont des administrations de développement, elles sont au cœur de l'activité économique du/des pays. Toutefois, à la faveur des bouleversements du *Consensus de Washington*¹⁷⁶⁴ et des politiques d'ajustements structurels des IFI,¹⁷⁶⁵ on assiste à ce qu'un

¹⁷⁶² Les administrations publiques dans les pays francophones d'Afrique de l'ouest sont un legs intégral de la France (ancienne puissance tutélaire) : le recrutement, la formation, l'organigramme et les méthodes de travail sont pratiquement les mêmes qu'en France Voir Bigot Grégoire « *Introduction historique au droit administratif depuis 1789* », Paris, éd. PUF, 2002. Autrement dit, le procédé de recrutement par et sur concours et la formation spécialisée (Ecoles nationales d'administration ENA) font que l'administration en Afrique n'est que la réplique mimique de l'administration de la Métropole. Voir Lois portant Statut général de la fonction publiques dans les pays d'Afrique de l'ouest (hormis les cas anglophones). même si cette conception classique de la fonction publique est entrain d'être remise en question à la faveur des méthodes de management moderne, voir l'ouvrage spécial de Florence Galletti « *Les transformations du droit public africain francophone Entre Etatisme et libéralisation* », Bruxelles, éd. Bruylant 2004

¹⁷⁶³ Dans le système d'inspiration anglo saxon, la philosophie de la fonction et de l'administration sont différentes de la conception française en cours en Afrique de l'ouest. Dans le cas américain, le système n'est pas figé. L'administration n'est pas faite dans une volonté de carrière. C'est une administration à la tâche avec des Agences chargées de gérer certaines activités de service public par le biais des contrats noués avec l'Etat. Le pouvoir de nomination et la flexibilité sont telles que l'administration du président élu au niveau fédéral peut se débarrasser par le biais du « *spoils système* » des fonctionnaires de l'administration précédente. Voir « L'argument de droit comparé en droit administratif français », Sd de Fabrice Melleray, Bruxelles, éd. Bruylant 2007

¹⁷⁶⁴ C'est un ensemble de dix(10) mesures néo-libérales destinées à une plus grande ouverture et libéralisation des économies des pays en développement. Dans un article publié à la Revue de la Banque mondiale Finances & développement, son auteur : l'économiste John Williamson dresse la liste des dix réformes : « 1) Redéfinition des priorités en matière de dépenses publiques ; 2) Réforme fiscale ; 3) Libéralisation des taux d'intérêt ; 4) Taux d'échange compétitif ; 5) Libéralisation du commerce ; 6) Libéralisation des investissements directs en provenance de l'étranger ; 7) Privatisation ; 8) Déréglementation ; 9) Droits de propriété » Voir J. Williamson « Consensus de Washington : un bref historique et quelques suggestions » Revue Finances & développement septembre 2003 au <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/fre/2003/09/pdf/williamson.pdf> consulté le 28 mai 2018

auteur Jacques Rigaud, commissaire du gouvernement devant les formations contentieuses du Conseil d'Etat en 1968, nomme déjà de la « *fragilité sinon la caducité du schéma administratif classique*. »¹⁷⁶⁶ Les administrations de mission renvoient à l'exercice de mission déléguée traditionnellement dévolue au secteur public.

809. En effet, vu l'ampleur des missions dévolues à l'Etat, la fonction publique classique n'est plus seule outillée pour en exercer pleinement, manager et réguler les rapports économiques internes et surtout externes aux Etats. D'où la mise sur pied dans pratiquement tous les pays d'Afrique de l'Ouest, pour mieux réguler et assurer un traitement équitable et non bureaucratique de l'investissement étranger, des autorités administratives indépendantes.¹⁷⁶⁷ En Afrique de l'Ouest, les raisons qui ont poussé à la création des « Agences spécialisées » des administrations de mission chargées du traitement de l'investissement sont la bureaucratie étouffante et tentaculaire. Ici l'idée que les administrations de mission sont plus efficaces dans le traitement des dossiers d'investissement est largement admise. Cette conception « gestionnaire » a eu pour résultat la mise en place des structures nationales de gestion et de suivi des investissements directs étrangers dans les pays d'Afrique de l'Ouest. Du point de vue strictement juridique, l'administration de mission n'est pas totalement indépendante des autorités politiques et de l'administration classique¹⁷⁶⁸ De même sur ce point, l'influence doctrinale de la France est manifeste : en effet, le « droit africain » n'est que la réception du droit Romano- germanique et du système du Common

¹⁷⁶⁵ Prenant compte de l'échec du NOEI et des résultats mitigés des politiques de développement aboutissant à un endettement record, la BM & le FMI prouvent une approche, des politiques et des méthodes plus libérales (dégraissage des fonctions publiques, efficacité de la dépense publique et accélération des privatisations) au début des années 1980 jusqu'à maintenant. Pour aller plus loin voir Rapport de la BM sur les politiques de développement « *L'ajustement en Afrique Réformes, Résultats et chemins à parcourir* », 1994, 351 p. au : documents.banquemondiale.org/curated/fr/862411468002095101/pdf/128520PUB0FRENCH0BOX71184B01PUBLIC01.pdf

¹⁷⁶⁶ « *A l'époque contemporaine, la belle harmonie de l'administration classique à deux dimensions, celle de la hiérarchie et celle de la tutelle, est fort compromise, nous avons assisté par de multiples causes à la création de nouveaux organismes, qui sans pouvoir être qualifiés d'autorité décentralisées au sens que notre droit attache à cette expression, ne sont pas autant soumis au pouvoir hiérarchique du ministre. Ce sont des organismes qu'on pourrait dire « à compétences propres »* Voir (M.) Gentot « *Les autorités administratives indépendantes* » 2^e édition éd. Montchrestien, EJA, 1994 p.8

¹⁷⁶⁷ Selon la commission du rapport et des études du Conseil d'Etat les autorités administratives indépendantes AAI se définissent « *-par le leur objet : régulation de secteurs sensibles, protection des administrés, -par leur nature juridique : organismes publics, dépourvus de caractère juridictionnel, -par leur appartenance à la mouvance de la personne morale que constitue l'Etat puisqu'ils ne sont jamais dotés de la personnalité juridique, mais participent à une activité de commandement ou de contrôle qui relève de la compétence et de la responsabilité de l'Etat, -par l'indépendance de leurs membres et par l'autonomie de leur gestion, - par l'existence de contrôles simplement juridictionnels sur leurs activités et l'absence de tout contrôle hiérarchique ou de tutelle, - par la variété des pouvoirs dont ils peuvent disposer depuis un simple pouvoir « d'influence » jusqu'à des pouvoirs répressifs* » p.48 Ibid

¹⁷⁶⁸ Selon le modèle ivoirien L'Agence est « *un établissement public national à caractère administratif, dénommé « Centre de promotion des investissements en Cote d'Ivoire CEPICI »* article 1 Concernant les relations de dépendance avec l'administration étatique, l'article 2 dispose : « *La tutelle technique du CEPICI est exercée par la présidence de la République et la tutelle financière est exercée par le ministre de l'économie et des finances* » voir article 2 du Décret n°2012-867 du 06 septembre 2012 portant création d'un établissement public à caractère administratif dénommé Centre de promotion des investissements en Cote d'Ivoire www.sgg.gouv.ci/photo_doc/1373646863Decret_N_2012-867.pdf consulté le 10 avril 2018

Law, par conséquent ses caractéristiques de fonctionnement sont le mimétisme¹⁷⁶⁹ et l'ineffectivité.¹⁷⁷⁰ Dans une étude du Conseil d'Etat français, les raisons de recourir à une Agence spécialisée sont multiples.¹⁷⁷¹ Le couronnement des administrations spécialisées chargées du suivi du traitement des investissements étrangers aura été la mise en place du Guichet unique en vue d'accélérer l'efficacité de la protection dans les pays de la sous-région.

B : La création du guichet unique pour le traitement des investisseurs étrangers

810. L'environnement juridique de création d'entreprise et du traitement des investissements étrangers est traditionnellement marqué par la paperasse administrative dans les pays ouest africaine. La longueur de la procédure aboutit à une protection pré-investissement précaire pour toute personne physique ou personne morale qui veut implanter une activité dans cette partie de l'Afrique. D'où l'émergence d'une procédure accélérant la création d'entreprises en un temps record. Dans le contexte de l'Afrique, pour parer à tous ces obstacles bureaucratiques et administratifs, il est créé le concept de Guichet unique¹⁷⁷² inspiré des indices de classement de Doing business à propos de la création d'entreprise. En vue d'améliorer la qualité de l'environnement des investissements et assurer un traitement équitable et optimal de l'investisseur, l'administration compétente lui permet de créer son modèle d'entreprise en un temps record. Le Guichet unique répond à un souhait de conformité par rapport aux vœux de la communauté des investisseurs et des Organisations internationales c'est le cas des pratiques de la Cote d'Ivoire.¹⁷⁷³

¹⁷⁶⁹ Voir J.Du Bois de Gaudusson « Le mimétisme post colonial et après » ? pp.45-55 Revue Pouvoirs 2009-2 n°129 ; voir aussi Y. Meny (dir) « *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet* », Paris, éd. L'harmattan, 1993

¹⁷⁷⁰ Elle est due à l'application discriminatoire et non effective de la loi qui ont souvent des conséquences négatives sur la sécurité juridique des investissements étrangers.

¹⁷⁷¹ Selon la juridiction administrative suprême française les raisons de recours à une Agence sont : « *Gestion de difficultés d'ordre opérationnel, réponse à une crise ponctuelle, contournement de contraintes budgétaires ou de gestion. Le recours aux agences n'a cessé de se développer, si bien que l'on observe actuellement une véritable profusion de ce type d'organismes dans l'environnement administratif français. Empreinte d'un certain empirisme, la création constante d'Agences ne semble pas procéder d'une politique volontariste tant de la part du gouvernement que du législateur mais plutôt résulter d'événements circonstanciels pour répondre à des besoins circonscrits. Les agences apparaissent comme un remède commode à de nombreux problèmes face auxquels l'administration se trouverait démunie ou mal adaptée.* » Voir Conseil d'Etat droits et débats « *Les Agences : une nouvelle gestion publique ?* » Un colloque organisé par le Conseil d'Etat le 19 octobre 2012 à l'Ecole Nationale d'Administration(ENA) éd. La Documentation française, Paris 2013 140 p. p.109

¹⁷⁷² C'est une pratique qui consiste à regrouper toutes les administrations compétentes qui interviennent dans le processus de création d'une entreprise, notamment les administrations fiscales, l'administrations générales et les services liés à l'environnement, le social et le sanitaire. Conseillé aux pays de l'Afrique de l'ouest par la Banque mondiale, il permet à tout investisseur de créer son entreprise en un temps record sans souffrir des affres et lenteurs de la bureaucratie.

¹⁷⁷³ Le modèle de Guichet unique de la Cote d'Ivoire permet la création par un investisseur de son entreprise en 48 heures : « *création du Guichet unique de création d'entreprises en vue de la réduction des délais de création à 48 heures minimum et la simplification des procédures* » Avec une « *réduction des coûts de publication de l'avis de création des entreprises à 15 000 FCFA* » Le nature du document conférant bénéfice du Guichet unique est un « *arrêté interministériel 104 du 25 mars 2013 fixant délais, procédures et coûts de création et de modification des entreprises au service des formalités des entreprises du Guichet unique du CEPICI* » Voir Côte d'Ivoire : centre de promotion des investissements en Côte D'Ivoire (CI) <https://cepici.ci/web/docs/livret.pdf> consulté le 1er mars 2018

811. La variable relative à la rapidité et l'efficacité administrative est devenue une dimension essentielle, centrale de traitement non discriminatoire de l'investisseur étranger. Ainsi au titre de la facilité administrative des entreprises le Décret relatif au CEPICI stipule, a titre de la facilité des formalités des entreprises, « *de faciliter l'accomplissement des formalités pour les entreprises et les investisseurs ; - de veiller à l'accomplissement des formalités pour la création des entreprises dans un délai n'excédant pas quarante-huit heures ; - d'élaborer et de mettre en œuvre, en collaboration avec les administrations et organismes concernés, un programme de centralisation et d'automatisation des tâches à exécuter, dans le but de simplifier et d'accélérer l'accomplissement des formalités ; - d'élaborer un manuel de procédures intégré relatif au traitement des dossiers ; - de constituer et de gérer une base de données dynamiques sécurisée ; - d'assurer le suivi des conventions d'hébergement de services publics de base, les services bancaires et juridiques.* »¹⁷⁷⁴

812. L'efficacité de la protection de l'investissement dans les pays en développement passe par des procédures rapides et non discriminatoires de traitement des investisseurs et de création d'entreprise en un temps record. De même la procédure du Guichet unique permet aux administrations compétentes des pays de la sous région. Elle est aussi une façon pour les États d'Afrique de se conformer aux meilleures pratiques et standards de protection des investissements étrangers pour éviter les abus de droits liés aux procédures administratives de la part de l'Etat d'accueil.¹⁷⁷⁵ Le traitement non bureaucratique de l'investissement est devenue une composante majeure de la protection octroyée à l'investisseur c'est tout le sens de la création par le Sénégal de l'Agence chargée de gérer les investissements et les grands travaux (APIX).

QQ- Paragraphe 2 : Le cas de l'Agence de promotion des investissements du Sénégal(APIX)

La promotion de la destination Sénégal sur le plan des investissements étrangers et nationaux échoit à l'APIX qui a des missions bien déterminées (A), toutefois, il y a des limites sur le plan de la promotion et du suivi des investissements (B).

A : Les missions de l'APIX

813. L'investissement étranger est devenu un terrain de concurrence entre États en développement. Ces derniers n'hésitent pas à revoir en profondeur et au niveau des procédures leur cadre juridique. Raison pour laquelle, la notion de promotion est devenue un enjeu essentiel pour la « séduction » des investisseurs.¹⁷⁷⁶ La mise en place des « Agences »

¹⁷⁷⁴ Voir article 13 du Décret n°2012-867 du 06 septembre 2012 portant création du Centre de promotion des investissements en Côte d'Ivoire www.sgg.gouv.ci/photo_doc/1373646863Decret_N_2012-867.pdf

¹⁷⁷⁵ Surtout le cas où l'administration commet un « détournement de pouvoir » « *Un État fait usage de son pouvoir dans un but autre que celui pour lequel le pouvoir lui est reconnu par l'ordre juridique international* » Ioannis Prezas « *Standards internationaux de protection des investissements étrangers et abus de droit de l'Etat hôte* » pp.196-222 in *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » Sd de S.Robert-Cuendet Préface de Brigitte Stern Bruxelles, éd. Bruylant, 2017 p.199

¹⁷⁷⁶ Dans le cadre du Sénégal l'article 2 « *mission général* » dispose : « *L'Agence a pour objet d'assister le président de la République dans la conception et la mise en œuvre de la politique définie dans les domaines de la promotion de l'investissement et des grands travaux* » Voir Décret n°2012-683 du 5 septembre 2003 portant

traduit consacre la finalité d'un régime de protection fondée définitivement sur la politique de la porte ouverte, de l'efficacité et du marketing d'image. C'est la raison pour laquelle, le Décret mettant en place l'APIX au Sénégal insiste et accorde une importance majeure et fondamentale à la promotion de l'investissement considérée comme une *mission spécifique* : « L'agence a pour mission de déterminer et de réaliser les programmes et actions nécessaires au développement de l'investissement privé. A cet effet, elle assure ou supervise notamment :- la recherche et l'identification des investisseurs,- la promotion du Sénégal comme destination d'investissement,- l'accueil et l'accompagnement des investisseurs,- la facilité des procédures et démarches administratives,- la mise à disposition permanente d'informations économiques, commerciales et technologiques tant au Sénégal que dans les ambassades et consulats du Sénégal à l'étranger,- l'assistance au partenariat. Elle exerce en outre toutes les compétences dévolues au Guichet unique par les textes en vigueur et notamment l'instruction des demandes d'agrément aux régimes privilégiés du Code des investissements et au statut de l'entreprise franche d'exportation. Elle peut également faire toute proposition relative au redéploiement des structures administratives intervenant dans le domaine de la promotion des investissements¹⁷⁷⁷. »

814. La particularité de l'Agence sénégalaise chargée de promotion des investissements c'est qu'elle mette aussi l'accent sur un secteur prioritaire qui demande le concours d'investisseurs étrangers, il s'agit des grands travaux d'infrastructure dont le pays a besoin.¹⁷⁷⁸ La démarche de séduction envers les investisseurs va par la mise sur pied de structures de supervision au plan institutionnel : « Le comité stratégique pour la promotion de l'investissement est l'organe de supervision et de suivi des activités de l'Agence dans le domaine de la promotion de l'investissement, au regard des orientations définies par le président de la République. Dans ce cadre : il propose les mesures de nature à favoriser l'investissement, à créer une atmosphère de transparence, de bonne gestion et de bonne gouvernance ; -Il définit le programme opérationnel, le budget et les procédures de l'Agence dans le domaine de la promotion de l'investissement ; -Il suit la réalisation des activités de l'Agence et approuve le rapport d'activités du Directeur Général en matière de promotion de l'investissement. »¹⁷⁷⁹.

création et fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Agence nationale chargée de la promotion de l'investissement et des grands travaux(APIX).

¹⁷⁷⁷ Voir article 3 « missions spécifiques » du Décret n°2003-683 du 5 septembre 2003 portant création et fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Agence nationale chargée de la promotion de l'investissement et des Grands Travaux(APIX) www.jo.gouv.sn/spip.php?article567 consulté le 01/03/2018

¹⁷⁷⁸ En matière de Grands Travaux b) « L'Agence est saisie par le président de la République des grands travaux qu'il juge prioritaires et dont il entend superviser directement la réalisation. A ce titre, l'Agence est chargée de la conduite et du suivi pour le compte de l'Etat, des Grands travaux dont la liste est la suivante : - autoroute à péage Dakar-Thiès, -nouvel aéroport international Blaise Diagne,-cité des affaires de l'Afrique de l'Ouest,- chemin de fer à écartement standard. Cette liste peut être revue ou complétée par arrêté du président de la République. En outre l'APIX peut appuyer la mise en œuvre d'autres grands projets confiés à d'autres structures, notamment le projet de ville nouvelle, capitale politique et administrative du Sénégal» Voir article 3

Ibid

¹⁷⁷⁹ Voir article 7 Ibid

815. L'Agence APIX a une prérogative importante qu'est la procédure de délivrance de l'agrément¹⁷⁸⁰. La mission dévolue à cette structure s'étend aussi en matière de suivi et d'évaluation de projets d'investissements¹⁷⁸¹. Au-delà, de ces missions consacrées textuellement, l'Agence (le Directeur Général notamment) accompagne le président de la République dans ses déplacements à l'étranger. Dans sa mission pour l'attractivité de la destination Sénégal, l'Agence présente pas mal de limites dans ses capacités.

B : Les limites en matière de promotion et de suivi des investissements

816. Sur le plan de l'attractivité aux investissements étrangers directs, un pays comme le Sénégal a des atouts juridiques indéniables : l'existence d'un cadre législatif et réglementaire parmi les plus ouvert et stable en Afrique. Aussi sur le plan du positionnement géographique et le système politique ce pays a un plus par rapport aux autres. En effet, sa position géostratégique - proche des marchés émetteurs d'investissements, porte d'entrée de l'Afrique de l'Ouest un marché futur très vaste de la CEDEAO - fait de lui une destination privilégiée des investisseurs étrangers. Au plan politique : le pays peut se gargariser d'une stabilité politique et institutionnelle suffisamment rare pour être soulignée surtout dans le contexte africain.¹⁷⁸² Malgré le déploiement de moyens et stratégies multiformes pour séduire et amener les investisseurs au Sénégal, il faut dire que jusqu'ici le bilan est très mitigé. Cela est dû à des raisons objectives. En effet, le Sénégal est un pays assez moyen. Son marché domestique est de taille modeste pour intéresser les investisseurs étrangers. Pour attirer et intéresser davantage les investisseurs, un pays doit avoir des infrastructures physiques (transport et énergie) de qualité pour une mobilité des personnes, des biens, des capitaux et des services, ce qui n'est pas, d'une certaine manière, le cas d'un pays comme le Sénégal.

817. Le choix des modalités de séduction, de marketing et de ciblage de l'APIX pose problème. En effet, cette structure ne se concentre que sur les marchés d'émetteurs traditionnels de l'Europe et de l'Amérique du Nord des pays pour la plupart, ne sont guère intéressés par le marché du Sénégal hormis les ressources naturelles. Par conséquent, en négligeant les marchés des néo-investisseurs étrangers qui cherchent des marchés, qui ont des entreprises exportatrices et qui entreprennent de délocaliser leurs activités dans le futur,

¹⁷⁸⁰ L'article 9 dispose : « L'agrément au Code des investissements est accordée par lettre du Ministre chargé des finances, après avis favorable du comité d'agrément de l'APIX, sur présentation d'un dossier » du Décret n°2004-627 du 7 mai 2004 portant application du Code des investissements de la République du Sénégal

¹⁷⁸¹ L'article 12 du Décret du Sénégal stipule : « L'APIX est chargée, en collaboration avec la Direction Générale des Douanes et la Direction Générale des impôts et des domaines, du suivi et de l'évaluation des projets agréés. L'APIX établit annuellement un rapport d'activité faisant le bilan de l'application du Code des investissements. Dans ce rapport, l'APIX peut proposer toute mesure de nature à améliorer les procédures d'agrément » Ibid

¹⁷⁸² L'un des rares pays d'Afrique à ne pas connaître de changement anticonstitutionnel de gouvernement (coup d'état) depuis son indépendance intervenue le 04 avril 1960. En matière de protection et de promotion des investissements : la stabilité politique est fondamentale, L'Afrique de l'ouest souffre à ce niveau par la perception élevée du risque de la part des investisseurs et des structures assurancielles et de garantie des pays émetteurs d'IDE. Sur les phénomènes d'instabilité politique en Afrique, voir Ndulo M. « L'interdiction des changements anticonstitutionnels de gouvernement », pp.223-242, in « L'Union africaine Cadre juridique et institutionnel Manuel sur l'Organisation panafricaine », Sd de Abdulqawi A. Yusuf & Ouguergouz F., Paris éd. A. Pedone 2013

l'APIX fait un choix non ciblé et onéreux. Dans une étude sur la promotion des investissements directs étrangers dans les pays en développement, l'OCDE éclaire la méthode du ciblage qui intéresse les investisseurs potentiels : *« Les programmes efficaces de promotion des investissements sont soigneusement « ciblés », en ce sens que les efforts de promotion sont axés sur les entreprises qui sont effectivement susceptibles d'y répondre. Une promotion non ciblée est onéreuse et n'obtient guère de résultats. La sélection des entreprises cibles implique un certain nombre de choix : quel est le type d'activités recherchées, quels sont les types susceptibles d'être intéressés, quelles branches d'activité sont les plus prometteuses et à l'intérieur de ces branches, quels types d'entreprises ? La recherche empirique a montré que la promotion des investissements a le plus de chances d'être efficace auprès des entreprises confrontées à des choix réels concernant le lieu où implanter leurs activités. »*¹⁷⁸³

818. Les insuffisances d'un pays comme le Sénégal, certes stable au plan politique avec un cadre juridique attractif, tient aussi au système d'enseignement¹⁷⁸⁴ et le droit du travail perçu par souvent comme assez rigide et non flexible. Les considérations extra-juridiques objectives et significatives aux yeux de la communauté des investisseurs font que la destination Sénégal n'est pas vendable, malgré les campagnes massives de marketing et de séduction. Le même modèle du Sénégal est reproduit dans d'autres pays d'Afrique de l'Ouest où l'investissement direct étranger est confié à des Agences nationales chargées de l'accueil, du traitement et du suivi des projets d'investissement.

RR- Paragraphe 3 : Aperçu du rôle des Agences de promotion en matière d'investissements dans d'autres pays d'Afrique de l'ouest.

Les pays d'Afrique de l'Ouest ont pris conscience de l'importance du rôle que joue l'investissement étranger. Les Agences nationales se voient confier des missions d'attractivité et de sécurisation (A) qui ne vont pas sans limites cependant (B).

A : La mission d'attractivité et de sécurisation des investissements

819. L'Afrique de l'Ouest est traditionnellement perçue comme une destination très risqué en matière d'accueil et de protection des investissements. Cela dit dans un contexte, de « désidéologisation » de l'investissement et de fortes convoitises de la part des anciens et surtout de nouveaux investisseurs,¹⁷⁸⁵ les pays de la sous région rivalisent d'ardeur et de concurrence à travers l'option législative, réglementaire, politique et les opportunités d'affaires.¹⁷⁸⁶ La

¹⁷⁸³ Voir OCDE « Promouvoir l'investissement direct étranger dans les pays en développement » OCDE, Paris 1993 96 p. p.55

¹⁷⁸⁴ Celui-ci ne met pas l'accent sur les filières courtes, technologiques et professionnalisantes qui permettent de mettre sur le marché du travail des profils que les investisseurs cherchent une fois l'implantation de leurs activités sur place. Les pays d'Afrique de l'ouest envisagent de remédier à cela par les réformes du droit du travail et de l'enseignement.

¹⁷⁸⁵ Notamment les puissances du Sud telles la Chine, l'Inde, le Brésil et d'autres puissances émergentes s'engagent résolument en Afrique en vue d'accéder aux ressources et conquérir des parts de marché.

¹⁷⁸⁶ Sur le thème d'accueil, de promotion et de protection des investissements, les pays rivalisent pour se « vendre » à l'instar du Ghana dont l'Agence des investissements vantent les atouts du pays « *La richesse des ressources du Ghana, sans système politique démocratique et son économie dynamique en font*

protection des investissements dévolue par la loi à ces Agences s'illustre à travers les missions qui leurs sont assignées. En ce qui concerne la Guinée : « *L'Agence de promotion des investissements privés a pour mission de soutenir l'investissement et de mettre en œuvre la politique du gouvernement en matière de promotion et de développement des investissements privés nationaux et étrangers.* »¹⁷⁸⁷ En plus la mission d'attractivité se traduit aussi par des campagnes, des voyages, forums d'affaires et des visites des autorités de pays exportateurs de capitaux.

820. Elles sont la véritable maitre d'œuvre en matière de traitement des dossiers d'investissement. Leurs attributions peuvent très larges comme celle de l'Agence de promotion des investissements et des exportations du Bénin (APIX).¹⁷⁸⁸ En la matière le décret béninois a une conception assez particulière de la notion de promotion des

incontestablement l'un des phares de l'Afrique. Gagner la confiance du monde avec une transition politique pacifique et un engagement ferme et enraciné en faveur de la démocratie a contribué à accélérer la croissance des investissements directs étrangers (IDE) du Ghana au cours des dernières années » voir www.gipcghana.com/invest-in-ghana/doing-business-in-ghana.html consulté le 23 mars 2018

¹⁷⁸⁷ Voir article 27 du Code des investissements de la Guinée. L'assistance administrative est inscrite dans la prérogative de cette structure : « *Dans le cadre de l'assistance et de la fourniture des services aux investisseurs, l'Agence de promotion des investissements privés est chargée avec les services publics concernés de faciliter l'accomplissement des formalités administratives* » Voir article 28 de la Loi L/2015/n°008/AN portant Code des investissements de la Guinée du 25 mai 2015

¹⁷⁸⁸ Elle a d'importantes prérogatives en matière d'investissement, les plus prolifiques comparée aux autres Agences nationales : « *L'Agence a pour objet :*

- *de créer les conditions d'une consultation et d'un dialogue permanent, basés sur des approches-programmes entre les structures de l'Etat, du secteur privé et les partenaires au développement ;*
- *de créer les conditions d'interaction entre la recherche et l'innovation et les projets de création d'entreprises et de partage de connaissances pour les différents acteurs du développement du secteur privé ;*
- *de créer des dynamiques collectives basées sur des réseaux inter-organisationnels et créer un véritable centre d'informations pour accroître l'utilisation des stratégies tant commerciales qu'entrepreneuriales mettant en exergue l'innovation, pro-activité et une prise de risque calculée à travers la facilité, l'accompagnement des entreprises et l'ouverture des marchés ;*
- *d'être un relais entre les orientations de développement fixées par les structures de l'administration publique et les programmes et activités pour leur opérationnalisation ;*
- *d'être un centre de recherche et d'identification des investisseurs ;*
- *d'être un centre d'accueil et d'accompagnement des investisseurs et de facilitation des procédures et demandes administratives ;*
- *de faire du Bénin comme destination pour l'investissement ;*
- *de mettre à disposition permanente des informations économiques, commerciales et technologiques tant au Bénin que dans les ambassades et consulats du Bénin à l'étranger ;*
- *de s'occuper des formalités de création d'entreprises, d'exercice, de modification, de cessation d'activités ou de dissolution ;*
- *de permettre aux opérateurs économiques, personnes physiques et morales de souscrire en un même lieu physique ou électronique, dans un délai raisonnable et à un coût réduit, les déclarations auxquelles ils ont tenus par les lois et règlements en vigueur dans les domaines juridiques, administratif, social, fiscal et statistique et relatifs à la création de leurs entreprises, à l'exercice, aux modifications, à la cessation de leurs activités, à leur dissolution, et à la création d'établissements secondaires ;*
- *d'agir au profit des opérateurs économiques intervenant dans tous les secteurs d'activités et soumis aux diverses obligations légales d'immatriculation et de publicité. A cet effet, elle reçoit les déclarations ainsi que les actes et pièces liés aux événements cités au présent Décret et exigés par chaque organisme ou administration destinataire ;*
- *de permettre à toute personne physique ou morale, désireuse d'effectuer les formalités prévues par le présent décret de la saisir.* » Voir article 4 du Décret n°2016-167 du 25 mars 2016 de la République du Bénin portant modification du décret n°2014-547 du 12 septembre 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Agence de promotion des investissements et des exportations du Bénin (APIEX) au gufebenin.org/images/documents/DECRET_N_2016_167_DU_25_MARS_2016.pdf

investissements et des exportations.¹⁷⁸⁹ La promotion et la sécurisation des investissements passent par la mise sur pied et l'expérimentation administrative par le CEPICI¹⁷⁹⁰ du concept de Guichet unique multipliée en quatre guichets.¹⁷⁹¹ D'autres missions non moins importantes aussi sont à leur actif : il s'agit de l'administration des lois relatives aux investissements à travers la prérogative importante qui est la délivrance d'agrément et du suivi administratif de l'investissement. Le décret du 24 août 2016 stipule à propos de la délivrance et gestion des agréments à l'investissement : « *L'API et de la zone franche est chargée de :*

-instruire les demandes d'attestation et d'agrément ainsi que la délivrance desdits attestations ou agrément en vue de bénéficier des régimes privilégiés prévus par le Code des investissements ;

- instruire les demandes d'agrément des entreprises sollicitant leur admission au statut d'entreprise de la zone franche industrielle ainsi que la délivrance desdits agrément ;

-veiller au respect des obligations et engagements souscrits par les investisseurs au titre de leur programme d'investissement ayant fait l'objet d'une déclaration ou d'un agrément à l'investissement ou d'un agrément au statut de la zone franche industrielle ;

-procéder à la délivrance et au retrait des attestations ou agrément précités dans les cas prévus par la Loi portant Code des investissements en République togolaise et la loi portant statut de la zone franche industrielle ;

- veiller au respect des obligations et engagements par les investisseurs en matière de respect des règles d'hygiène, de sécurité, de conditions de travail et de résolution des différends individuels et collectifs ;

¹⁷⁸⁹ L'Agence est en charge de trois domaines : si les deux premiers peuvent être considérés comme classiques et qu'on trouve dans les autres textes des pays d'Afrique de l'Ouest, le troisième semble être une innovation « *L'Agence est notamment chargée de :*

-la promotion de l'investissement et des services aux investisseurs ;

- la promotion des exportations et des services aux exportateurs ;

- la vielle stratégie et l'intelligence économique afin d'accroître le niveau d'investissement et des produits à l'exportation, tant en quantité, en qualité qu'en diversification. » Voir article 5 ibid.

¹⁷⁹⁰ C'est un établissement à caractère administration créé par le Décret n°2012-867 du 06 septembre 2012 portant création du Centre de promotion des investissements en Côte d'Ivoire : www.sgg.gouv.ci/photo_doc/1373646863Decret_N_2012-867.pdf consulté le 03/03/2018

¹⁷⁹¹ Pour un traitement équitable, rapide, efficace et non discriminatoire des dossiers d'investissement, le CEPICI a quatre guichets : « *1^{er} Le guichet des formalités administratives et d'assistance qui a pour rôle d'accompagner les investisseurs et faciliter l'accomplissement des formalités pour leurs entreprises ; 2^e le guichet des investisseurs : il a pour rôle de réceptionner et d'instruire les demandes des investisseurs pour le bénéfice des avantages du Code des investissements ; le 3^{er} : le guichet des terrains industriels qui est un service de déploiement pour le guichet unique dont l'objet est d'accompagner les investisseurs dans l'obtention de terrains à usage industriel ; 4^e le guichet des formalités d'entreprise : il est chargé d'assurer la facilitation des formalités administratives relatives à la création, à l'exploitation, à la transmission ou à l'extension des entreprises . » Voir : Centre de Promotion des Investissements en Côte d'Ivoire(CI) : <https://cepici.ci/web/docs/livret.pdf> consulté le 02/03/2018*

*-contrôler, inspecter et superviser les zones et les entreprises admises au Code des investissements. »*¹⁷⁹²

Pour les pays d'Afrique de l'Afrique de l'Ouest, il y a des insuffisances manifestes au niveau de la promotion et de l'attractivité des investissements, cela est du à ce qu'un auteur nomme comme *ce qu'il faut faire*¹⁷⁹³ pour mieux profiter des investissements directs étrangers. La promotion des investissements par le biais des Agences spécialisées présente pas mal de limites et insuffisances pour séduire les investisseurs étrangers.

B : Les limites dans les stratégies de promotion et de suivi des IDE

821. L'Afrique de l'ouest offre une particularité juridique, institutionnelle, politique et économique particulière et cela d'un pays à l'autre et cela des conséquences sur l'environnement juridique et l'attractivité aux investissements étrangers. Malgré les progrès notés dans le traitement et le suivi des dossiers d'investissement, (efficacité et compétence, meilleur traitement salarial des agents environnement de travail modernisé avec l'utilisation des TIC), il faut dire qu'il y a pas mal de choses qui restent à faire. En effet, la création de ces administrations nouvelles n'a pas fait disparaître les pesanteurs bureaucratiques légendaires. Ces dernières sont dues au processus de prise de décision qui impliquent d'autres administrations- Impôts et domaines, douanes et régime foncier, services sociales, environnementale et sanitaire-. Ensuite, il y a la concurrence farouche entre États dans leurs entreprises de marketing et de séduction envers la communauté des investisseurs étrangers¹⁷⁹⁴ et enfin, il y a un problème d'orientation et de cible. En effet, en matière de promotion et d'attractivité aux capitaux et aux entreprises, l'accent a toujours été mis sur les

¹⁷⁹² Voir article 6 du Décret n°2016-092/PR du 24/08/2016 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Agence nationale de promotion des investissements et de la zone franche(API-ZF) J.O de la République togolaise 61^e année n°37 du 02 décembre 2016 www.jo.gouv.tg/sites/default/files/publications/JOS_02_12_16-61e%20ANNEE%20N°37.pdf consulté le 02/03/2018

¹⁷⁹³ Selon l'auteur Louis T. Wells Jr. En matière de promotion des investissements « ce qu'il faut faire » : « *1. Cibler soigneusement l'action. Axer les programmes sur les entreprises qui fabriquent pour l'exportation choisir avec soin les branches d'activité et les pays. 2- Tenir compte de ce que les NPI d'Asie de l'Est investissent largement dans les industries manufacturières travaillant pour l'exportation. Avec l'aide de quelques programmes de promotion des investissements, ces pays constituent de meilleures cibles que des pays d'Europe ou d'Amérique du Nord* » Voir Louis T. Wells « La promotion de l'investissement étranger dans les pays d'accueil : ce qu'il faut faire et ne pas faire » pp.51-62 in l'OCDE « *Promouvoir l'investissement direct étranger dans les pays en développement* » OCDE, Paris 1993 p.61

¹⁷⁹⁴ Les IDE du fait de l'apport en capitaux et en technologie sont devenus un domaine très concurrentiel des Etats. Toutes les « armes » sont utilisées des incitations fiscales, voir Baccouche N. « Incitations aux investissements et concurrence entre États » pp. 61-71 in « *Où va le droit de l'investissement ?* Sd de Horchani F. ouvrage précité. , et avantage politique (l'argument de la stabilité institutionnel et politique d'un pays comme le Sénégal). Néanmoins, il faut souligner le caractère assez limité de ces campagnes de marketing et de séduction, car malgré les efforts accomplis au niveau de la réglementation, il y a un aspect fondamental lié à la faible couverture des risques qui entrave l'opérationnalité pleine des IDE dans les pays de la sous région. Voir Lepage G. « Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger », pp. 390-408, in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » Sd de Sabrina-R. Cuendet, Bruxelles, éd. Bruylant ,2017

investissements directs étrangers et non sur les investissements directs nationaux (IDN) c'est-à-dire les ressources des diasporas africaines.¹⁷⁹⁵

822. Les limites opérationnelles sont aussi importantes. Un marketing agressif d'une Agence de promotion des investissements ne peut pas cacher qu'en amont et en aval, qu'il est extrêmement difficile de monter un business dans la plupart de ces pays. Parce que les choses traînent au niveau juridique et institutionnel en amont -multiplication des procédures, environnement judiciaire lente et miné parfois par la corruption- et au niveau pratique et des infrastructures en aval -difficulté réelle à monter une activité : obtenir les matériaux nécessaires et recruter un personnel qualifié et qualité médiocre des infrastructures structurantes : transport, nouvelles technologies et énergie etc.- Il s'ajoute un facteur important dans le contexte de la région, l'étroitesse des marchés domestiques trop petits pour intéresser réellement les investisseurs. Car hormis la Fédération du Nigéria,¹⁷⁹⁶ et dans une moindre mesure le Ghana, la Côte d'Ivoire et le Sénégal pour son positionnement, ces pays dans le contexte actuel ont beaucoup d'handicaps pour inciter les investisseurs à s'intéresser à eux malgré les campagnes de marketing. L'auteur Wells en a fait une description nette à propos de son étude sur la promotion de l'investissement dans les pays en développement : « *La très grande majorité des pays d'Afrique et d'Amérique latine, et bon nombre des pays d'Asie, sont loin de satisfaire à ces critères. Ils sont pour la plupart faiblement peuplés et certains d'entre eux ont découragé à tel point les investissements étrangers dans le passé qu'ils sont à peu près totalement inconnus des investisseurs, ou pire, ils sont connus comme étant peu accueillants à l'investissement ou politiquement instables. Ils sont géographiquement plus éloignés des investisseurs potentiels que le sont d'autres pays concurrents. Pour les pays de ce groupe, une réforme de la politique économique n'a guère de chances de générer à elle seule un important afflux d'investissements étrangers ; la promotion est essentielle.* »¹⁷⁹⁷

823. La promotion des investissements étrangers dans son pays exige de la part de celui-ci de faire un inventaire de ses forces et faiblesses. C'est-à-dire qu'il doit mettre l'accent sur les secteurs où il a un avantage comparatif et faire des campagnes de marketing sur ce qu'il peut réellement offrir. Dans cette logique, une démarche communautaire liant tous les Agences nationales est nécessaire pour éviter la dispersion inutilement les énergies sur celui qui offrira le meilleur traitement aux investissements étrangers. Sur ce point, les États de la sous-région, qui sont tous à quelques degrés près au même niveau de développement, doivent se concerter régulièrement, échanger des informations sur les meilleures pratiques internationales et sur ce

¹⁷⁹⁵ Les méthodes de promotion qui consistent à toujours se concentrer sur les marchés traditionnels émetteurs (Europe, l'Amérique du Nord et l'Australie) sont certes importantes, mais l'heure est venue de prospecter vers d'autres marchés (vers l'Asie et le Golf) les nouveaux investisseurs émergents. Ne plus compter seulement sur les IDE, les ressources au sein de la diaspora africaine qui est considérable mérite d'être valorisées à travers des structures de formation, d'information, d'aide et de conseils afin que celle-ci s'implique dans le processus de développement comme dans les pays Asiatiques

¹⁷⁹⁶ C'est la première économie africaine, le plus grand producteur d'hydrocarbures d'Afrique et pays le plus peuplé 176 millions d'habitants(2016). Une Fédération de trente six(36) États avec un district fédéral d'Abuja

¹⁷⁹⁷ Voir Louis T. Wells « *La promotion de l'investissement étranger dans les pays d'accueil : ce qu'il faut faire et ne pas faire* » p.54 op cit p.25

qu'il ne faut plus faire en matière d'investissement.¹⁷⁹⁸ Dans cette perspective, l'accent doit être fait sur l'élargissement sectoriel : l'investissement étranger ne se fait pas seulement et ne doit plus se faire dans le secteur des ressources extractives, mais doit concerner tout le potentiel économique de ces pays, par ailleurs très vaste. La particularité du modèle de protection des investissements étrangers choisi par l'Afrique de l'Ouest c'est l'adoption dans le sens de l'adoption continue de nouvelles techniques juridiques en vue de faire face aux enjeux et défis qui interpellent le modèle de protection des investissements étrangers.

Conclusion du Chapitre 1

824. L'investissement international -son traitement et sa protection- dans les pays en développement particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest est devenu l'affaire de fait l'affaire d'une communauté institutionnelle. La protection des investissements étrangers échappe de fait en partie aux Etats, malgré la souveraineté, pour échoir aux Organisations internationales économiques. Cela s'explique par des arguments économiques. En effet, dans un monde ouvert avec le libre échange mondialisé, les pays comme ceux d'Afrique- essentiellement importateurs de capitaux doivent adopter la politique de la porte ouverte en matière de réglementation. C'est pourquoi l'environnement législatif et réglementaire de ces pays est devenu incitatif au plan du traitement et de la protection. Les États rivalisent de réglementation pour un traitement sécuritaire royale des investisseurs étrangers. Cela a abouti à l'émergence de la vision technocratique de la protection de l'investissement étranger. Cela se traduit au plan international : par la toute puissance de la Banque Mondiale et son rôle sans cesse accrue et plus important en matière de protection, promotion et de conseil sur la meilleure façon d'accueillir et de profiter des investissements extérieurs.

825. Ainsi le Groupe de la Banque mondiale intervient sur les aspects relatifs aux investissements comme une structure globale de protection (à travers ses différentes filiales dédiées), mais aussi comme un instrument de mesure et d'évaluation des réglementations

¹⁷⁹⁸ Un auteur le résume bien : « 1) Ne pas monter un programme de promotion des investissements autour de techniques de mise en valeur de l'image sans démarchage direct, le programme échouera presque à coup sûr. 2) Ne pas gaspiller de ressources pour la réalisation d'études de préféabilité ; celle-ci ne conduisent pas à des investissements. 3) Ne pas attendre trop de résultats des missions d'investissement. 4) Ne pas utiliser le personnel diplomatique à l'étranger pour faire du démarchage direct à la place des responsables de l'organisme de promotion des investissements. Ils n'ont pas les compétences et la motivation requises, et l'échec est à peu près garanti. 5) Ne pas compter sur des consultants ou d'autres pour faire le travail de promotion. Il sera peut être nécessaire à des organismes de publicité et à des entreprises de relations publiques mais le travail de base du démarchage direct doit être effectué par l'organisme de promotion lui-même. 6) Ne pas chercher dans les premiers temps à diversifier les sources d'investissement (ce qui n'est parfois qu'un prétexte pour offrir des postes confortables à des hauts fonctionnaires, ou des voyages d'emplettes aux ministres). Le succès sera plus rapide si l'on adresse aux pays qui sont déjà représentés par des investisseurs. 7- Ne pas monter un programme autour d'exonération fiscales. Les incitations fiscales peuvent être nécessaires en attendant que l'on puisse réformer la fiscalité de base si celle-ci frappe le revenu des sociétés de taux particulièrement élevés, mais aussi bien l'expérience(...) que les travaux de recherche ont apporté la preuve que des exemptions fiscales sont inutiles(et onéreuses) si la fiscalité des sociétés est raisonnable. De bons programmes de promotion, selon certains calculs, sont plus efficaces par rapport à leur coût que des incitations fiscales progressives. » Voir Louis T. Wells p.61 *ibid*.

relatives aux investissements étrangers dans la sous région ouest africaine par le biais de l'instrument Doing Business. L'intervention en matière d'assistance et pour le renforcement de la protection n'est pas que celle de la Banque mondiale, elle est aussi le fait d'une institution panafricaine de financement du développement qu'est la Banque africaine de développement (BAD). Cette institution bancaire a mis sur pied un mécanisme pour contribuer à l'assistance pour une protection meilleure qu'est la Facilité africaine de soutien juridique (ALFS) pour assister les États africains dans la négociation de contrats complexes portant sur la dette et les Ressources naturelles des pays membres régionaux de l'institution. La vision technocratique de la protection se traduit aussi au plan national de chaque pays de la CEDEAO par le renforcement de l'institutionnalisation de la protection à travers des structures nouvellement complètement dédiées.

826. Ce sont les Agences de protection et de promotion des investissements dont la mission est de faciliter au plan administratif l'installation des investisseurs étrangers, d'assurer leur suivi et surtout faire la promotion de la destination nationale en vue de vendre les atouts du pays comme destinataire privilégié des investissements étrangers. Ce modèle de protection double inspiré par la Banque mondiale au plan externe et ce des Agences nationales spécialisées au plan a certes permis une sécurité juridique de l'investissement étrangers, mais est loin d'être suffisant pour une vision globale de la sécurité juridique qui contribue à protéger tous les acteurs de l'investissement étranger. Comme la protection des investissements étrangers est une suite logique d'incitation et d'adaptation des règles, on en voit apparaître de nouvelles techniques juridiques et de nouveaux enjeux et défis liés à la recherche d'un meilleur environnement juridique de protection de l'investissement étranger dans la sous région.

Chapitre 2 : Les nouvelles techniques juridiques face aux nouveaux enjeux et défis liés à la protection des investissements étrangers dans la sous région

827. La protection juridique des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'Ouest porte la marque d'une évolution sans cesse « toiletter ». En effet, les techniques juridiques, les méthodes contractuelles, la régulation juridique et le mode de partage des risques juridiques sont dans une transformation permanente dans l'objectif d'un environnement juridique en conformité avec les meilleures pratiques internationales. La protection juridique des investissements- dans le contexte des pays en gestation démocratique et en faible capacité institutionnelle- a toujours oscillé entre la volonté de « protéger les intérêts des pays d'accueil » et la poursuite de l'air du temps marqué par une ouverture sans cesse plus libérale du cadre législatif et réglementaire. Cette dualité qui a toujours marqué le droit des investissements internationaux structure la plupart des cadres juridiques nationaux mais aussi de plus en plus communautaires. La volonté de moderniser le cadre juridique, de partager juridiquement les risques et équilibrer le partenariat Etat/ investisseur(s) ont conduit les pays ouest africains à adopter de nouvelles lois facilitant et associant étroitement les acteurs de l'investissement : il s'agit des PPP¹⁷⁹⁹.

828. Le contrat de PPP est une modalité juridique de délégation associant une personne morale publique et une personne morale privée à la charge de dernier de concevoir, de financer, de construire ou de réparer une infrastructure quelque soit le secteur d'activité concerné et qu'il se rémunère sur les ressources générées par l'infrastructure. Pour La loi guinéenne le « *PPP désigne tous les accords, quelle que soit leur dénomination ou leur forme contractuelle, dans lesquelles une personne publique confie pour une période déterminée à une personne privée dont la rémunération est substantiellement liée à l'exploitation liée à l'exploitation du service, une mission comprenant au moins l'obligation d'exploitation(avec ou sans délégation du service public) ou de maintenance de l'infrastructure et pouvant également prévoir des obligations de financement et/ou de conception et/ou de construction de l'infrastructure* ».¹⁸⁰⁰ Cette traduction concrète d'une plus grande promotion de l'investissement en Afrique de l'ouest est incarnée par les nouveaux instruments juridiques de protection des investissements que sont les partenariats public privés (section 1), De même, cette volonté égalitaire se manifeste aussi par les nombreux défis et enjeux des instruments juridiques de protection de l'investissement dans le contexte des pays d'Afrique de l'Ouest (section2).

¹⁷⁹⁹ Ces formes d'investissement viennent de la pratique des pays anglo saxons qui associent étroitement l'initiative privée à la conception, au financement et à l'exploitation de projets à caractère économique. « *Le champ d'application peut être le service dans son ensemble (exploitation, entretien et maintenance des ouvrages, gestion des usagers) ou un ouvrage particulier (une station d'épuration, une centrale électrique). En contrepartie, l'opérateur reçoit une rémunération couvrant au minimum la charge de l'emprunt et pouvant être modulée en fonction de performances qu'il obtient.* » Voir Jacquemot P. « *Le dictionnaire encyclopédique du développement durable* », Paris éd.Sciences Humaines éditions, 2017 p.490

¹⁸⁰⁰ Voir Guinée art. 2.- de la Loi n°0032/2017/AN du 4 juillet 2017 portant Partenariats Public-Privé promulguée par le décret n°D/2017/278/PRG/SGG du 24 octobre 2017

Section 1 : Les nouveaux instruments juridiques de protection et de promotion : les PPP

829. La prévention des risques est un élément important en matière d'investissement international. Contrairement aux grands pays exportateurs de capitaux qui disposent de ce genre d'instruments, ¹⁸⁰¹les pays d'Afrique de l'Ouest en sont dépourvus¹⁸⁰². Mettre en place un cadre législatif et réglementaire transparent ne suffit pas pour assurer une « sécurité globale et partagée ». C'est la raison pour laquelle, le partage des risques entre acteurs des investissements étrangers est devenu la meilleure façon d'avoir une protection plus encore optimale. Ainsi, ce modèle juridique des PPP est de plus en plus très prisé pour la promotion des investissements même dans les pays jugés non attractifs.¹⁸⁰³ En effet, ce modèle juridique d'investissement née de la pratique des pays Anglo saxons, a fini par gagner la pratique des pays d'Afrique de l'Ouest qui ont revu leur cadre juridique relatif aux investissements étrangers en y enjoignant ce modèle à travers la Loi communément appelée « la Loi sur les PPP. » En Afrique de l'ouest la grande majorité des investissements accueillis l'ait par ce mécanisme. Les PPP ce nouveau modèle constitue dans l'environnement juridique un instrument juridique novateur (§1) ; L'instrument très prisé par les pays d'Afrique de l'Ouest présente à la fois des avantages et des risques pour les pays qui l'adoptent (§2).

SS-Paragraphe 1 : Un instrument juridique novateur

TT-

Les PPP sont un modèle de contrat et de partenariat très prisé pour pallier la rareté des capitaux relatifs à l'aide publique au développement. Cela est du par la souplesse et la

¹⁸⁰¹ C'est non seulement une vieille pratique, mais c'est une modalité courante de financement de projet d'investissement dans les pays tels que les Etats-Unis, le Canada, la Grande Bretagne et l'Australie. Elle consiste à un financement partagé entre le public et le privé. Alors que dans un pays comme la France, c'est le financement budgétaire qui est privilégié. Toutefois, depuis l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 le régime des concessions est de plus employé et privilégié.

¹⁸⁰² Hormis l'Afrique du Sud où le mécanisme des PPP est ancré comme modalité de financement normal, les pays d'Afrique, particulièrement ceux de l'ouest l'ont expérimenté que récemment. On assiste à un bouleversement du cadre législatif et réglementaire relatifs aux investissements sous forme de PPP : Le Sénégal fut un pays pionnier des pratiques de PPP en Afrique avec la dotation d'une loi par le biais de la loi 2004-13 du 1^{er} février 2004 portant Construction exploitation et transfert modifiée par la nouvelle loi n°2004-09 du 20 février 2014 sur les contrats de partenariat. Dans le contexte de l'Afrique de l'ouest, le Sénégal sera suivi par les Illes du Cap-Vert qui se sont dotées d'une telle loi PPP en 2010. Le Niger et le Nigéria se sont dotés à leur tour de lois sur les PPP en 2011. La Cote d'Ivoire-pays qui recourt de plus en plus à cet instrument- s'en est dotée en 2012. Et le Burkina Faso en 2013. En dehors de la sphère de l'Afrique de l'ouest, l'Angola a étoffé son cadre juridique en 2011, le Kenya en 2013 et le Royaume du Maroc en 2014. On peut qualifier les lois sur les PPP comme des lois de la décennie 2000

¹⁸⁰³ Pour les investissements étrangers « classiques » - les États font un appel du pied en direction des États et entreprises étrangères. Ces derniers font des arbitrages en fonctions de facteurs d'attractivité (telle la fiscalité, l'environnement juridique, la qualité des infrastructures et le potentiel de développement du marché domestique) pour décider d'implanter des activités ou non. Alors que pour les investissements sous forme de PPP, ce sont les États qui conçoivent, mettent en place des projets et choisir les modalités et la forme juridiques. Le privé étranger cocontractant éventuel de l'Etat peut le faire par le biais des « *propositions spontanées* » définie par la Loi Burkinabé comme « *La proposition spontanée est une offre faite par une personne physique ou morale de droit privé et portant sur la réalisation d'un projet.* » voir article 25 de la Loi n°020-2013/AN portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso Fait à Ouagadougou, le 23 mai 2013

flexibilité juridiques qu'ils offrent aux partenaires (A). En plus, c'est un moyen de développer les investissements l'investissement étranger par délégation (B).

A : La souplesse et la flexibilité juridiques des modalités

830. Le choix du modèle de contrat de partenariat s'impose de lui-même en Afrique de l'Ouest mais aussi à travers le monde devant un contexte économique, financier institutionnel particulier.¹⁸⁰⁴ Cette modalité impose une approche partenariale laissant une vaste liberté de choix aux deux partenaires (L'Etat et la personne privée). Ainsi, selon les objectifs et le modèle économiques choisis, il y a beaucoup de modèles de contrats :

Build-own-operate (BOO) Build-Develop-operate (BDO) Design-construct-manage-finance (DCMF)	L'entreprise privée assume la conception, la construction, la propriété, de développement, l'exploitation et la gestion de l'actif sans obligation de transfert de propriété à la personne publique. Ce sont des variantes du DBFO (design-build—finance)
Buy-build-operate (BBO) Lease-develop-operate (LDO) Wrap-around addition(WAA)	L'entreprise privée achète ou loue à la personne publique un actif existant, le rénove ou l'étend et l'exploite, sans obligation de transfert de propriété.
Build-operate-transfert (BOT) Build-own-operate-transfer (BOOT) Build-rent-own-transfer (BROT) Build-transfer-operate (BTO)	L'entreprise privée conçoit et réalise les actifs, les exploite, puis transfère la propriété à la personne publique au terme du contrat. Elle peut, par la suite, prendre l'actif en location.

Source : FMI, cité par (L.) Richer « Droit des contrats administratifs » 9^e édition, 2014 éd. LGDJ, Lextenso éditions p.575

831. Cette liste, loin d'être exhaustive, est un maillage des différentes modalités et formats juridiques expérimentés par les Etats. Elle prévoit différents modèles juridiques de contrat, de business des infrastructures où l'entreprise peut concevoir, construire, exploiter et gérer l'actif en son nom propre sans pour autant en transférer à terme à une autorité publique. Dans le second cas, l'infrastructure est existante, c'est l'entreprise qui procède à l'achat ou loue l'actif le rénove ou le transforme ou le modernise pour l'exploiter sans pour autant obliger d'en transférer la propriété. Dans le dernier cas, la personne publique partenaire n'est propriétaire qu'au terme de la fin de la concession quand l'entreprise amortit l'infrastructure. Toutes ces modalités se rejoignent sur un aspect : c'est le privé qui est le moteur du montage financier,

¹⁸⁰⁴ Des auteurs partisans de cette modalité d'investissement l'analysent comme : « *un contexte de raréfaction des ressources publiques, due à l'accroissement important des déficits et de la dette, l'évaluation du bien fondé de l'action publique dépend de ses résultats. Les logiques d'évaluation publique et privée se rapprochent, ouvrant la voie à la dynamique par les PPP.* » Voir (F.)Marty (S.) Trosa (A.) Voisin « Les Partenariats publics-privé », éd. La découverte, Paris, 2006 p.4

procède à la construction de l'actif et surtout se rémunère proprement du business généré par l'infrastructure.

832. La flexibilité juridique des contrats de PPP comme solution de financement n'est passible qu'à travers un environnement juridique, ce qui n'est d'ailleurs toujours le cas des pays d'Afrique de l'Ouest, où les garanties offertes aux cocontractants ou personnes privés sont solides et non discriminatoires.¹⁸⁰⁵ De la même manière, la facilité et la souplesse se traduit par la procédure des offres spontanées. Ici c'est l'investisseur étranger qui, disposant des compétences et des capacités techniques, peut solliciter l'administration compétente en vue de lui faire une offre de projet ou de travaux. La loi sénégalaise relative aux contrats de partenariat prévoit le principe général de traitement de l'Offre spontanée¹⁸⁰⁶. Cette disposition prévoit cependant des conditions de recevabilité de la procédure des offres spontanées.¹⁸⁰⁷ Les contrats de partenariat associant le privé permet aussi renforce l'attractivité des pays aux investissements étrangers sous forme de concession.

B : Un moyen de développement des IDE sous forme de délégation

833. Le développement du phénomène contractuel sous forme de concession est largement influencé par la nouvelle philosophie de l'action publique marqué par l'association étroite de l'initiative privée dans les pays d'Afrique et même au-delà¹⁸⁰⁸. La délégation laissée à une personne privée de concevoir, financer et exploiter/ entretenir un projet est un moyen d'accélération des IDE dans des pays où les États ont des difficultés à concevoir et exécuter de grands projets ou sont dans l'incapacité financier d'assurer les investissements nécessaires pour les politiques publiques de développement. Cette nouvelle méthode de management inspirée du secteur privé, transforme le rôle des États d'Afrique de l'ouest qui se cantonnent maintenant dans le rôle d'Etat régulateur, partenaire du secteur privé et imposant un cadre

¹⁸⁰⁵ L'auteur Laurent Richer l'explique à travers deux conditions : « *La première condition préalable est très générale, elle renvoie au contexte de l'opération. Le contrat de PPP mettant à la charge du secteur privé le financement, son utilisation présuppose l'existence d'un système juridique et politique comportant des garanties suffisantes au respect des contrats. Et, une fois cette condition satisfaite, il faut assurer la sécurité juridique de l'arrangement mis en place (absence de violation d'une règle interdisant l'intervention privée, compétence de la personne publique signataire, etc.). La deuxième condition est relative aux prestations mises à la charge du cocontractant. Un contrat de PPP ne devrait être conclu que dans les cas où il est possible de définir par contrat les modalités d'exécution du service ;* » Voir (L.) Richer droit des contrats administratifs 9^e édition 2014, éd. LGDJ, Lextenso éditions p.576 op cit p. 575

¹⁸⁰⁶ Le siège se trouve à l'article 24 qui dispose : « *Un opérateur privé a la possibilité d'adresser à une autorité contractante une offre spontanée.*

Dans ce cas, ledit opérateur réalise les études préalables de manière à présenter un projet cohérent comportant des propositions techniques adéquates, ainsi que les solutions de financement correspondantes.

Une offre spontanée peut aussi porter sur la réalisation d'un projet dont les études manifestement caduques ou lorsque ces études ont été réalisées au moins soixante(60) mois avant la date de dépôt de l'offre spontanée... Toutefois, il ne peut être accepté d'offre spontanée portant sur des projets pour lesquels une procédure d'appel d'offres est en cours. » Voir article 24 de la Loi n°2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat Journal Officiel de la République du Sénégal 150^e année n°6781 numéro spécial Mardi 25 mars 2014

¹⁸⁰⁷ L'article 25 énumère les conditionnalités juridiques : « *-le projet est compétitif par rapport aux conditions générales du marché ; -le projet constitue une innovation technologique ou technique de pointe et fournit des solutions économiques et écologiques viables indispensables à l'autorité contractante.* » Ibid.

¹⁸⁰⁸ Voir l'ouvrage de Bezançon, (X.) « 2000 ans d'histoire du partenariat public-privé », Paris, éd. Presses des ponts, 2004.

réglementaire attractif- sans interventionnisme juridique et économique si ce n'est conjoncturelle etc.-. La conception de contrat sous forme de concession a eu des répercussions sur les conceptions de l'investissement étranger.¹⁸⁰⁹

834. Un pays comme la France est la terre par excellence des formes contractuelles sous forme de concession : « *elle a suivi le modèle du projet finance initiative (PFI), notamment avec l'Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* »¹⁸¹⁰ Les investissements par délégation permettent d'accélérer l'attractivité juridique aux investissements étrangers des pays de la sous-région d'Afrique de l'Ouest. En effet, cette forme de contrat attire naturellement les investisseurs potentiels dans la mesure : où l'Etat conçoit le projet de construction ou de gestion et après et établit les modalités et l'ingénierie financières. De même, le privé peut s'offrir spontanément en concevant un projet qui dépasse les capacités financière de la personne publique. Le régime des investissements par concessions diffère avec les contrats de partenariat par le mode de versement des rémunérations au contractant.¹⁸¹¹ Décret ivoirien relatif aux contrats de PPP en donne la précision la plus exacte de Contrat de concession est : « *le contrat par lequel une autorité contractante charge le concessionnaire, qu'il soit une personne morale de droit public ou privé, soit d'exécuter un ouvrage public ou de réaliser des investissements relatifs à un tel ouvrage et de l'exploiter en vue d'assurer un service public, soit uniquement d'exploiter un ouvrage ou des équipements publics en vue d'assurer un service public. Dans tous les cas, le concessionnaire exploite le service public en son nom et à ses risques et périls en percevant des rémunérations des usagers de l'ouvrage ou des bénéficiaires du service concédé.* »¹⁸¹²

835. La délégation permet et constitue un moyen de sécurité juridique renforcée au profit des acteurs de l'investissement étranger (Etats et firmes étrangères). Ces dernières disposant du « cash flow » peuvent s'engager dans des projets ou financement sous formes de partenariat. En effet, il s'agit des cas où l'entreprise/l'opérateur disposant de la majorité du

¹⁸⁰⁹ Traditionnellement, la perception du risque est très élevée. Raison pour laquelle, l'environnement juridique, attractif soit-il n'a pas réussi à drainer beaucoup d'investisseurs étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest. La nouveauté avec le mécanisme juridique des PPP, c'est le partage des risques entre acteurs le renforcement de l'attractivité par la responsabilité laissée et accordée à l'investisseur étranger de concevoir, exploiter et transférer un projet/ouvrage ou investissement après amortissement. Voir Lichere Fr., Martor B., Pedini G. Thouvenaut S. « *Pratique des partenariats public-privé, choisir, évaluer, monter et suivre son PPP* » Paris éd. Litec, 2006

¹⁸¹⁰ Voir Ndiaye Issakha « *Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal* », Paris éd. L'Harmattan, 2015 p.29

¹⁸¹¹ Ces deux outils juridiques diffèrent les PPP sont « *les contrats de partenariat sont des contrats administratifs qui permettent à l'autorité concédante (L'Etat ou les collectivités locales) de transférer au secteur privé la responsabilité globale de concevoir, d'opérer et de maintenir une nouvelle infrastructure publique. Ils se différencient des concessions par le fait que le partenaire privé est rémunéré non par les revenus générés par les infrastructures (par exemple, les péages dans le cadre d'une infrastructure autoroutière), mais directement par l'autorité concédante qui lui verse une rémunération dont l'unique variable sera le respect des engagements des performances du partenaire privé.* » Voir Bruno Angles « *Les partenariats public-privé : l'avenir du financement des infrastructures* ». pp.221-228 in Revue d'économie financière Revue trimestrielle, N° 108 Décembre 2012 « *l'investissement à long terme* » p.224

¹⁸¹² Voir article 1^{er} du Décret N°2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariats public-privé www.ppp.gouv.ci/uploads//decret%20n°2012-1151%20du2019%20decembre%202012_%20Contrats%20de%20partenariat%20public-privé.pdf

capital du projet qui lui permet de s'engager seule¹⁸¹³. Il peut s'agir à travers « l'investissement de délégation » d'expérimentation d'une autre modalité de financement très prisée par certains investisseurs internationaux dans les contrats de partenariat : il s'agit d'investissement type financement dit « cession Dailly ».¹⁸¹⁴ Cette forme d'investissement combinant intérêt public-privé ne fait que confirmer l'élasticité du concept de plus en plus étendue par la jurisprudence arbitrale¹⁸¹⁵. Mais aussi traduit une volonté, pour les États de la sous région en fort besoin d'investissement, de s'inscrire dans une volonté d'adapter leurs cadres législatifs et réglementaires dans une perspective d'attractivité sécuritaire afin de mieux profiter des flux de capitaux étrangers. Les nouvelles formes d'investissements sous le modèle partenarial, aussi prisés soient-ils, n'ont pas que des avantages pour les pays de la sous région, ils présentent aussi pas mal de risques.

UU- **Paragraphe 2 : Les apports des investissements sous forme de PPP**

Le financement sous forme de PPP est non seulement institutionnalisé dans les pays d'Afrique de l'Ouest, mais, mieux, il est devenu une composante essentielle de l'intervention des Organisations économiques internationales. Ce sont des instruments juridiques qui ont beaucoup d'avantages (A), mais aussi de sérieux inconvénients pour les États qui l'adoptent (B)

A : Les avantages pour les États d'accueil

Les contrats de partenariat constituent un avantage juridique dans la mesure où ils prônent le partage des risques juridiques et financiers entre acteurs (1), mais aussi permet à la collectivité de posséder l'infrastructure après amortissement (2).

1) Le partage des risques juridiques et financiers entre acteurs

836. Les investisseurs étrangers étaient toujours très mal protégés par les cadres juridiques instables, précaires et surtout constitutifs de risques pour les entreprises venant s'implanter dans la région. Cette modalité de risque était traditionnellement supporté par l'investisseur

¹⁸¹³ « Le financement direct de cette société est assuré quand c'est l'opérateur économique lui-même qui apporte ses fonds propres. En revanche, on parlera de financement indirect quand l'opérateur économique apporte des garanties pour les prêts accordés (par les banques notamment) à la société du projet. » Voir (I.) Ndiaye « Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal » éd. L'harmattan, 2015-Paris, p.120

¹⁸¹⁴ Cette modalité est très prisée dans un pays comme la France où : « les contrats de partenariat peuvent être financés également par une méthode dite « cession Dailly ». Concrètement, avec cette technique de financement, l'autorité publique contractante peut intervenir dans le montage financier en acceptant de garantir une partie des futurs paiements (qu'elle devra effectuer au bénéfice du partenaire privé) au profit des prêteurs dès lors que l'ouvrage objet du contrat a été réalisé. » Issakh Ndiaye Ibid

¹⁸¹⁵ Notamment du concept très élastique et interprétatif qui est le fondement du déclenchement de la procédure arbitrale CIRDI qui est le « différend d'ordre juridique en relation directe avec un investissement » posé par la Convention de Washington portant CIRDI en son article 25

étranger via une Agence Nationale¹⁸¹⁶ ou internationale¹⁸¹⁷ chargée de garantir l'entreprise contre certaines pratiques menaçant ses actifs. Ainsi dans le contexte de l'investissement fait sous forme de partenariat, le partage des risques s'effectue sous forme des modalités du montage financier et au niveau de la conception juridique du projet¹⁸¹⁸. Ici, le partenaire de l'administration doit analyser plusieurs éventualités pour prévenir les risques qu'il supporte avec la puissance publique : le risque relatif au modèle commercial d'exploitation¹⁸¹⁹ et le risque à la performance du projet d'infrastructure en question.¹⁸²⁰ Le principe du partage des risques par la participation des personnes publiques sur le plan financier est consacré La loi guinéenne relative qui invite néanmoins une certaine prudence par rapport aux possibilités des finances publiques¹⁸²¹ Le régime juridique des contrats de partenariat prend toujours soin de

¹⁸¹⁶ La notion de garantie juridique contre le risque politique en faveur des entreprises a toujours été une pratique des pays exportateurs de capitaux en vue de soutenir l'implantation réussie de leurs investisseurs à l'étranger. Tous les pays développés se sont dotés d'une telle structure à l'image de la France avec la COFACE, voir Lepage G. « Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger » pp.390-408 in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » Sd de Sabrina Robert-Cuendet, Bruxelles, éd. Bruylant, 2017 p.397 voir aussi Moutier A. « La garantie des investissements français à l'étranger » pp.765-774 in « *Droit de l'économie internationale* » Sd de Daillier P. De la Pradelle G. Ghérari H., Paris éd. A. Pedone 2004

¹⁸¹⁷ Par le biais des mécanismes de garantie de l'Accord multilatéral de Séoul portant AMGI en 1988 dont l'article 11 énumère les risques assurés comme le « i) *risque de transfert* ; ii) *Expropriation et autres mesures analogues* ; iii) *rupture de contrat* ; iv) *Conflits armés et troubles civils* »

¹⁸¹⁸ C'est la grande nouveauté du mécanisme juridique des PPP où le privé assume la plus grande partie du risque. La Banque mondiale donnant une définition des PPP la souligne comme « *tout arrangement contractuel entre une entité ou autorité publique et une entité privée ayant pour objet la fourniture d'un bien ou d'un service public et dans lequel la partie privée assume un risque important et la responsabilité de la gestion* » Voir Groupe de la BM « *Africa Pulse Une analyse des enjeux façonnant l'avenir économique de l'Afrique* », avril 2017 Volume 15, 116 p. p.90 au : documents.banquemondiale.org/curated/fr/311451492547317681/pdf/114375-REVISED-WB-AfricaPulse-Spring2017-vol15FRN-v9-050317.pdf consulté le 20 avril 2017

¹⁸¹⁹ Ce risque mérite d'être analysé par les investisseurs. En effet, dans les pays comme ceux de la CEDEAO , il arrive que l'infrastructure (routière, aéroportuaires, portuaires énergétiques « barrages hydroélectriques, centrale à charbon, solaire et éolien » etc.) soit surdimensionnée par rapport au besoin réel des usagers. La conséquence c'est l'incertitude financière sur le niveau de rentrée des rémunérations. Par conséquent, le risque lié au besoin réel et à la demande doit être analysé par l'entreprise partenaire. Mais il y a plusieurs modalités financières énumérées par un auteur à propos de la rémunération : « *La rémunération du concessionnaire dépend de la fréquentation par les usagers de l'ouvrage, l'infrastructure ou le service qui est donc d'un accès payant. Selon le degré de rentabilité et la durée de retour sur investissement, l'autorité publique peut participer au financement. La concession peut aussi prendre la forme de « franchise » ou de contrat d'affermage(en droit français). L'autorité publique confie au secteur privé des équipements d'infrastructure publics existants. Il les exploite et en assure la maintenance supportée dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, souvent assorti de l'obligation de les améliorer.* » Voir (D.)-André Camous « *Le risque sur la rémunération des partenaires privés, un élément d'harmonisation des contrats de PPP dans la Lex Mediterranea* » pp.85-99 inVers une lex mediterranea des investissements Sd de Filali Osmanéd. Bruylant Bruxelles, 2016 p.89

¹⁸²⁰ C'est un élément essentiel du contrat de partenariat. Ici le partenaire de l'administration porte un risque éventuel à savoir sa capacité mettre sur pied dans les délais et selon les normes établies l'infrastructure faisant l'objet du contrat. Selon l'auteur David A. Camous « *Ce type de montage peut être utilisé lorsque la rentabilité n'est pas suffisante (exemple Stade de foot) ou lorsqu'il n'y a pas d'usager payeur (exemple d'une école publique). Un principe mixte peut être aussi envisagé. Par exemple, la loi marocaine sur les PPP dans son article 15 précise que « La rémunération du partenaire privé est effectuée en totalité ou en partie par la personne publique. (...). Le contrat de PPP peut prévoir que le partenaire privé soit rémunéré en partie par les usagers* » IBID p.91

¹⁸²¹ L'article 34 souligne : « *Dans le respect des dispositions législatives relatives à la gestion des finances publiques, notamment la loi organique relative aux lis de finances toute personne publique peut, dans les limites de ses compétences, participer aux cotés de l'Autorité Contractante au financement d'un PPP par les moyens suivants :*

procéder à une rémunération à risque du titulaire : « *La rémunération est substantiellement liée à l'exploitation du service lorsque les revenus de la personne privée sont en risque, que ce soit au regard d'une rémunération directe sur les usagers du service, d'un intéressement aux résultats d'exploitation du service ou d'une indexation sur des critères de performance fixé au Contrat de PPP. Le seuil minimum du risque supporté par la personne privée sur sa rémunération est précisé par décret.* »¹⁸²²

837. La réciprocité des responsabilités en matière de risque veut un partage réservé à chaque acteur par rapport à ce qu'il sait faire le mieux en matière de prévention de risque. L'Etat d'accueil pour les risques juridiques et le partenaire privé pour les risques liés à la conception technique et montage financier : « *Le principe est que chaque partie doit supporter les risques qu'elle peut assumer plus que le cocontractant, et qui a surtout un lien avec d'une part son statut et, d'autre part, son rôle dans le projet. Plus concrètement et à titre d'exemple, l'Autorité contractante, doit assumer, en général, les risques liés aux changements politiques, législatif et/ou réglementaire alors que le partenaire privé supportera les risques se rapportant à la conception, au financement, à la construction, à l'exploitation et à la maintenance des infrastructures.* »¹⁸²³ Les pays d'Afrique de l'Ouest ont intérêt d'encourager ces formes d'investissement d'un type nouveau, dans la mesure où ils ont de nombreux avantages du fait de la réciprocité des risques¹⁸²⁴ et leurs rendements raisonnablement prévisibles.¹⁸²⁵ L'apport majeur des PPP c'est que le projet/l'infrastructure ou le bien créé revient sous le giron de la puissance publique après amortissement.

2) La possession des infrastructures/projet après amortissement

838. Il faut plusieurs capacités (technologique, financier et humaine), un savoir faire réel et éprouvé et surtout un certain niveau de développement économique pour mettre en place des infrastructures structurantes qui augmentent la capacité logistique d'un/des pays. Cette faiblesse est particulièrement le cas en ce qui concerne l'Afrique de l'Ouest. Devant les

-
- (i) Le versement de subventions ;
 - (ii) une participation au capital de la société de Projet ;
 - (iii) l'octroi de prêts ;
 - (iv) l'octroi de garanties ; ou
 - (v) tous autres moyens autorisés par la loi et mentionnés dans le DAO » Voir Loi n° 2017-32 du 4

Juillet 2017 portant PPP en République de Guinée <https://www.droit-afrique.com/uploads/Guinee-loi-2017-32-partenariat-public-privé.pdf>

¹⁸²² Voir article 3-2 « rémunération à risque du Titulaire » Ibid

¹⁸²³ L'auteur montre par ailleurs que : « Ces différentes phases du projet peuvent néanmoins soulever des risques techniques, technologiques, environnementaux(...), qui peuvent, selon leurs spécificités, être partagés entre les différentes parties. » Voir Issakha Ndiaye « Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal » éd. L'harmattan, 2015 p.224

¹⁸²⁴ Sophie Nicinski ouvrage partage des risques p. 660 a fait une matricité des risques complètes de ce partage :

¹⁸²⁵ L'auteur Bruno Angles note à ce propos que : « Dans le premier cas, l'autorité concédante (Etat ou collectivité locale) rémunère l'investisseur sur la base du respect de ses engagements de performance. Dans le second cas, l'investisseur se rémunère sur les revenus générés par l'infrastructure. Le risque de pertes substantielles est donc maîtrisé pour de tels investissements. Enfin, le caractère essentiel de l'activité qui y est associée en fait des investissements sûrs et pérennes. » « Les PPP : L'avenir du financement des infrastructures » pp.221-228 in Revue d'économie financière n°108 décembre 2012 « l'investissement à long terme » p.226

difficultés budgétaires et la dégradation continue des termes de l'échange, les pays de la zone CEDEAO se trouvent devant des difficultés objectives à financer sur fonds propres leurs infrastructures. Par conséquent, les partenariats public-privé constituent une source et une alternative pour résorber le déficit d'infrastructure criard dans cette partie de l'Afrique. Le mérite des projets financés sous forme de PPP c'est que la possession de l'infrastructure revienne à la personne publique une fois que l'investisseur rentre dans ses fonds (retour sur investissement) ou amortit l'infrastructure en question. Autrement dit, grâce à cette instrument juridique innovant, l'Etat peut bénéficier d'une grande infrastructure qui sans cette technique ne pouvait l'obtenir par ses deniers publics uniquement.

839. Beaucoup d'infrastructures en Afrique de l'Ouest ont été construites grâce à ces instruments d'un type nouveau.¹⁸²⁶ Deux pays d'Afrique de l'Ouest ont un cadre juridique des PPP très attractif et bien étoffé¹⁸²⁷ : Au Sénégal, beaucoup de projet d'infrastructure sont mis sur pied grâce à l'instrument des PPP comme l'autoroute à péage de Dakar et le nouvel aéroport de Ndiass En Côte d'Ivoire, plusieurs projets d'infrastructure portant sur plusieurs secteurs d'activités espèrent trouver un financement grâce aux PPP avec à la clé la mise en place d'un cadre institutionnel de pilotage des PPP¹⁸²⁸ et les autres pays d'Afrique ont définitivement intégré les PPP comme solution novatrice à leur déficit criard d'infrastructures pour mieux attirer les investisseurs étrangers. Ainsi, privés de d'institutions financières spécialisées, de fonds souverains importants¹⁸²⁹ et de fonds de pensions, les pays de la sous-région ne peuvent que compter sur cet instrument fortement recommandé et encouragé par les Organisations économiques internationales.

840. Aussi, vu les avantages certains qu'ils espèrent tirer de ce modèle juridique de partenariat entre personnes publiques locales et personnes morales étrangères, les États ont renforcés la capacité de leurs administrations publiques à concevoir et exécuter des projets soumis à PPP pour financement. Dans le cadre des grands plans futuristes de développement en vue d'atteindre l'émergence¹⁸³⁰, plusieurs pays de la sous-région procèdent au

¹⁸²⁶ « Les PPP en Afrique subsaharienne ne représentent qu'un très petit marché dans l'ensemble de l'Afrique 335 projets ont été cloturés financièrement, mais le nombre de projet d'investissements de PPP par pays (1990-2015) a augmenté dans certains pays d'Afrique de l'ouest : le Nigéria en a eu 85, suivi du Ghana 22, du Sénégal 17, de la Cote d'Ivoire 11, le Togo 11 » Source Base de PPP, de la BM, 7 février 2017, voir Groupe de la BM « Africa Pulse une analyse des enjeux façonnant l'avenir économique de l'Afrique » avril 2017 volume 15 116 p. p.91 rapport précité p.513

¹⁸²⁷ Beaucoup de pays mettent sur pied un cadre juridique relatif à cette forme d'investissement. Outre le Sénégal avec la Loi n°2014-09 du 20 février 2014 sur les PPP, la Cote d'Ivoire avec le Décret N°2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariats public-privé Fait à Yamoussoukro le 19 décembre 2012

¹⁸²⁸ L'institutionnalisation comprend : « -le Comité Nationale de pilotage des PPP ; -le Secretariat exécutif des PPP ; -la Cellule d'appui des PPP » voir l'article 5 du Decret N°2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariats public-privé de la Cote d'Ivoire

¹⁸²⁹ A l'instar d'autres pays comme les pays d'Arabe exportateurs de pétroles et la Norvège qui ont eu à mettre sur pied des fonds souverains à succès en vue de diversifier l'activité économique et de procéder à des investissements de partenariat et de d'accès à la technologie, les pays d'Afrique de l'Afrique au contraire tentent d'expérimenter la création des fonds souverains à l'image du Nigéria « Nigeria Sovereign Investment Authority (NSIA) (juin 2012) et du Sénégal avec le Fonds souverains d'investissements stratégiques (FONSIS) créé en décembre 2012

¹⁸³⁰ A l'instar du Sénégal qui a mis en place en 2014 un « Plan Sénégal émergent PSE 2014 » publié par le Gouvernement du Sénégal, 137p. Au : https://www.sec.gouv.sn/sites/default/files/plan%20senegal%20Emergent_0.pdf consulté le 20 juin 2018.

renforcement de la capacité de leurs structures compétentes à concevoir et préparer les projets d'infrastructures bancables, et à fort potentiel économique. De même, dans cette perspective, il est vivement encouragé le financement de projets d'infrastructures risqués avec un cofinancement assuré par un pool d'institutions financières et de fonds d'investissement. Le partenariat public-privé permet à l'Etat d'accueil de pouvoir bénéficier d'expertise de sociétés, de structures et de fonds d'investissement pour les infrastructures notamment en ce qui concerne : les nouveaux modèles de management, le transfert de technologie pour certains types de projets complexes. C'est pourquoi l'enjeu en Afrique de l'Ouest, c'est l'accélération des études de faisabilité pour mieux accélérer la construction de projet par ce biais.

841. Ainsi : « *Lorsqu'une Autorité Contractante identifie un besoin qui pourrait faire l'objet d'un PPP, elle est tenue de réaliser une Étude de Faisabilité afin de démontrer la faisabilité technique et juridique du projet en PPP, sa soutenabilité financière, et de déterminer son intérêt socio-économique et son impact environnemental.* »¹⁸³¹ La perspective de bénéficier d'une infrastructure structurante d'en posséder après exploitation et amortissement de l'investissement séduit beaucoup ces pays à l'idée de s'engager et mettre tous les projets potentiels au financement sous forme de partenariat. En d'autres termes, un cadre législatif et réglementaire attractif et les nombreux conçus et exécutés via cet instrument novateur accélèrent la présence d'investisseurs potentiels dans ces pays comme les nouveaux investisseurs (fonds d'investissement, fonds souverains et fonds de pensions)¹⁸³². Cependant, aussi séduisant soient-ils les PPP conduisent souvent à des risques que des États comme ceux de la sous région ne sont la plupart du temps outillés pour s'en prémunir.

B : Les risques du format d'investissement pour les Etats

Même dans les environnements législatifs et réglementaires les pays sécurisés et stables comme des pays avancés de l'OCDE, l'investissement y est d'une certaine manière risqué. A plus forte raison des pays, pas toujours outillés comme cela se doit en termes de capacité : notamment en ce qui concerne leur faiblesse à prévenir les clauses défavorables des contrats de partenariat (1); le risque aussi lié à la cherté et l'absence d'entretien pour les infrastructures (2).

1) La Capacité faible des États à prévenir les clauses contractuelles léonines

842. Devant les difficultés à séduire les investisseurs internationaux de venir implanter des activités de production sur le marché domestique -bureaucratie excessive, marché intérieur faible, pouvoir d'achat peu élevé, instabilité juridique et judiciaire et environnemental institutionnel précaire-, Les pays d'Afrique de l'Ouest se rabattent sur cet instrument juridique très « séduisant ». Les investisseurs étrangers sur place et potentiels sont protégés par

¹⁸³¹ Voir article 12 de la Loi n°2017-32 du 4 juillet 2017 relative aux partenariats public-privé en République de Guinée

¹⁸³² Hormis l'Afrique du Sud et d'autres pays anglophones africains qui ont des fonds de pensions et qui les utilisent dans un but financier, dans les autres pays d'Afrique de l'ouest francophone l'utilisation voire la capitalisation des fonds de pension à des fins d'investissement est rare voire inexistante.

différentes facilités et faveurs octroyés par le cadre législatif et réglementaire et même contractuel.¹⁸³³ Le modèle de contrat de partenariat est très prisé actuellement par les pays de la sous région ouest africaine, et rien ne dit que cela va s'arrêter dans les années à venir, tant le modèle est alléchant et attractif.

843. En effet, il fait l'objet d'un environnement institutionnel très dense dans certains pays comme le Sénégal. Ensuite, le cadre législatif et réglementaire y est très attractif pour cette forme d'investissement qui *s'inscrit dans le processus habituel de planification et d'évaluation des investissements*.¹⁸³⁴ En dernier lieu, le modèle de « Management contract » gouvernance contractuelle de ce modèle d'engagement juridique y est très faible. Cette forme de contrat exige un ensemble de capacités juridiques et institutionnelles : une bonne information, capacités réelles de négociations, une application qualitative et non discriminatoire de la loi, la maîtrise des risques techniques et une précaution pour les éventuelles dégradations du projet sur l'environnement, ce qui n'est pas, d'une certaine manière, la qualité première des fonctionnaires des administrations publiques de ces pays¹⁸³⁵. La faible capacité de s'engager prématurément dans des clauses contractuelles défavorables pour certains pays à prévoir un paravent juridique comme le concept dialogue compétitif prévu par le régime juridique ivoirien relatif aux PPP : *« la procédure par laquelle, compte tenu de la complexité du projet, l'autorité contractante, objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre. »*¹⁸³⁶ Souvent ces contrats ont des durées longues, une application technique des obligations réciproques et des incidences financières non négligeables.

844. Sur ce point, l'investisseur privé, qui a l'habitude de ce genre de projet et qui a beaucoup d'engagements ailleurs, est beaucoup plus outillé souvent que les États qui souscrivent à ce genre de partenariat. D'où la nécessité pour ces derniers de prévenir les

¹⁸³³ L'article 6 du Decret Ivoirien relatif aux PPP dispose que « les principes constitutifs du cadre de gouvernance des contrats PPP sont : -l'équilibre économique, financier et social des intérêts des parties au contrat PPP, tant dans le développement du projet que dans l'exécution du contrat au service de ses bénéficiaires ou usagers » op cit. p. 516

¹⁸³⁴ Voir article 11 de la Loi N°020-2013/AN portant Régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso Fait à Ouagadougou le 23 mai 2013

¹⁸³⁵ Sur ce problème de capacité des autorités publiques et leurs agents, l'OCDE souligne que : « même dans les économies les plus avancées à travers le monde(...) les fonctionnaires n'ont guère d'expérience concrète des entreprises...les pouvoirs publics doivent mettre en place les compétences nécessaires pour pouvoir agir sur un pied d'égalité avec les participants du secteur privé et le coût qui en résulte doit être pris en compte dans la conception du projet » Voir OCDE, Principes de l'OCDE pour la participation du secteur privé aux infrastructures, 2007, p.21 cité par D.-André Camous « Le risque sur la rémunération des partenaires privés, un élément d'harmonisation des contrats de PPP dans la lex mediterranea ? pp.85-99 in Vers une lex mediterranea des investissements Sd de Filali Osman, Bruxelles éd. Bruylant, 2016 p.97

¹⁸³⁶ Voir article 1^{er} du Décret n°2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariats public-privé de la Côte d'Ivoire au : www.ppp.gouv.ci/uploads//decret%20n°2012-1151%20du2019%20décembre%202012_%20Contrats%20de%20partenariat%20public-privé.pdf

conséquences d'une mauvaise préparation du projet en termes de négociation, signature et d'exécutions du contrat les engageant¹⁸³⁷. Cela a des conséquences fâcheuses pour un auteur :

*«Le déséquilibre contractuel du à un mauvais partage des risques est encore plus problématique si elle affecte l'Autorité contractante. Celle-ci ne doit jamais supporter des risques qu'elle n'est pas à même d'assumer puisque étroitement liés aux obligations contractuelles du partenaire privé. Généralement dotés d'une expertise et d'un savoir-faire plus important que celui du secteur public, les partenaires privés peuvent avoir une longueur d'avance sur les techniques de négociations et faire supporter indument certains risques à l'Autorité contractante. A titre d'exemple, dans un contrat global de PPP, les risques liés au financement, comme le dépassement dans les coûts, ne doivent pas forcément être supportés par l'Autorité contractante.»*¹⁸³⁸

845. En vue de prévenir la faible capacité d'exécution contractuelle, il est prévu des dispositions inédites de contrôle et de suivi dans la loi ivoirienne relative aux PPP.¹⁸³⁹ Le défi pour ces pays, en vue d'avoir une protection réciproque et globale des intérêts, c'est de prévenir les risques inhérents à cette forme contractuelle très compliquée dans sa négociation, sa signature et surtout son exécution. L'autre risque pour les États et surtout vis à vis des administrés de ce pays, c'est la cherté des projets et le non entretien de l'ouvrage d'art de la part de l'investisseur privé.

2) La cherté et l'absence d'entretien des infrastructures

846. Le constat que l'ont peut faire vis-à-vis de cet instrument juridique, c'est qu'ils aboutissent à une financiarisation des infrastructures et des projets dans les pays en développement comme ceux d'Afrique de l'Ouest, c'est pour quoi, ils doivent être limité dans leurs durées¹⁸⁴⁰ C'est une technique qui aboutit à une débudgétisation des projets étatiques, mais surtout le risque principal, c'est que le projet construit revienne plus cher pour les

¹⁸³⁷ Les mauvaises évaluations du projet en amont peuvent conduire, comme dans le cas mexicain à des « annulations de contrats dans le secteur autoroutier viennent principalement des surestimations des flux de trafic réalisés pendant la construction contractuelle. Ces derniers proviennent souvent d'hypothèses optimistes quant aux capacités à payer des usagers ou de la non prise en compte des voies de circulations alternatives gratuites ex : la vague d'annulation des contrats portant sur les autoroutes mexicaines en 1997.(contrats signés en 1993) » Voir (F.) Marty, (S.) Trosa , (A.) Voisin « Les Partenariats Public-Privé », Paris, éd. La Découverte, 2006 p.32

¹⁸³⁸ Voir Issakha Ndiaye « Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal », Paris, éd. L'harmattan, 2015 p.225

¹⁸³⁹ C'est prévue dans l'article 24 qui le détaille de la façon suivante : « Sans préjudice des pouvoirs exercés par les organes de contrôle de l'Etat, l'autorité contractante doit exercer, d'une manière permanente, tous pouvoirs de contrôle pour s'assurer sur pièce et sur place de la bonne marche du service concédé, de la bonne exécution du contrat PPP et de la mise en œuvre par l'opérateur, conformément au calendrier contractuel, des moyens nécessaires pour remplir l'ensemble de ses obligations. Les contrats PPP font l'objet d'un audit périodique réalisé au moins tous les trois ans par les organes habilités à cet effet selon les modalités définies par les textes en vigueur. » Voir Décret n°2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux PPP op cit. p.37

¹⁸⁴⁰ Dans le souci de régulation et d'équilibre financier, la durée de ces contrats est rigoureusement encadrée. « Tout contrat de PPP doit être limité dans sa durée. Celle-ci doit tenir compte de la nature des prestations demandées au partenaire privé et de l'investissement qu'il devra réaliser et ne peut dépasser la durée normale de l'amortissement des réalisations ou installations lorsque les ouvrages sont financés par le partenaire privé » voir article 38 de la Loi portant régime juridique du PPP au Burkina Faso op cit. p. 517

usagers de ces pays. Cette problématique liée à la cherté est un véritable souci pour les usagers éventuels de l'infrastructure. En effet, dans ces pays, la facturation d'un prix élevé peut constituer un double handicap pour les citoyens : une menace financière quand on sait que les populations ayant un revenu fixe assez élevé pour payer l'utilisation de ces infrastructures de PPP sont peu nombreuses. L'autre menace, c'est l'exclusion de fait d'une frange importante de la population du bénéfice des infrastructures financées en PPP. Cette préoccupation d'éventuelles conséquences financières onéreuses pour les administrés et les finances publiques du pays a été prise en compte par le cadre législatif et réglementaire de la Guinée relatif aux PPP.¹⁸⁴¹

847. Aussi pour éviter les éventuels dérapages et circonscrire les engagements financiers, il est prévu un plafond de limitation des engagements relatifs aux PPP.¹⁸⁴² En guise de prévention contre une éventuelle cherté et la nécessité d'avoir un bon projet de PPP, la procédure de passation des contrats de partenariat ne peut être attribué qu'avec la participation des structures administratives compétentes et une évaluation stricte : « *L'avis du Conseil des infrastructures porte notamment sur l'évaluation de la conformité du projet à la stratégie globale de développement des infrastructures, aux normes environnementales et d'aménagement du territoire. L'avis du Ministre chargé des Finances porte sur :*

-la conformité du projet avec les objectifs de la politique budgétaire globale ;

- l'évaluation des implications budgétaires du projet et l'analyse de sa soutenabilité à long terme sur les finances publiques ;

*-l'assiette foncière du projet d'investissement, le cas échéant. »*¹⁸⁴³ Le risque de cherté dont la conséquence est d'écarter une bonne frange de la population qui n'auront pas les moyens de payer pour l'utilisation des ouvrages publics « Autoroute, routes chemins de fer ») est réel dans ces nouveaux investissements. Il s'y ajoute le défi de l'entretien de l'ouvrage construit.

848. En effet, un projet sous forme de partenariat devrait avoir pour objectif entre autres : un coût budgétaire soutenable pour les finances publiques, la solidité de l'ouvrage, la beauté esthétique et surtout le budget prévu pour entretenir l'ouvrage afin de le maintenir en bon état après l'amortissement de l'investissement. Ce risque qui a trait à l'entretien et la construction¹⁸⁴⁴ peut être source d'insécurité pour l'utilisation future de l'ouvrage ou de

¹⁸⁴¹ Ainsi parle la loi guinéenne : « *Tout PPP dans lequel une Personne Publique s'engage financièrement, soit directement soit à titre de garantie, est soumis au contrôle a priori afin de vérifier la soutenabilité financière des engagements de la Personne Publique sur la durée du Contrat de PPP.* » Voir article 34 al.2 de la Loi n°2017-32 du 4 juillet 2017 relative aux partenariats Public-Privé

¹⁸⁴² Selon l'article 35 « *Un décret peut limiter le volume des engagements PPP qu'une Personne Publique peut souscrire, à peine de nullité, à titre principal ou en garantie par rapport à ses ressources ou à ses engagements globaux d'investissements.* » Ibid

¹⁸⁴³ Voir article 10 « *avis et autorisations préalables au lancement des contrats de partenariat* » de la Loi sénégalaise n°2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat

¹⁸⁴⁴ Sophie Nicinski dans son ouvrage définit les risques liés à la construction comme « *Le risque de construction couvre des événements liés à la construction comme la livraison tardive, le non-respect de normes, le surcoût, les problèmes techniques, etc. Le risque de disponibilité renvoie à l'incapacité de l'opérateur à livrer, le non-respect de certaines normes de sécurité ou de qualité lié à la prestation de service rendue à partir de l'équipement. Le risque lié à la demande couvre la variabilité de la demande (évolutions technologiques,*

l'édifice. Quand on sait, le cocontractant de l'administration peut chercher à minimiser les coûts et maximiser les bénéfices et ce au détriment des impératifs sécuritaires pour les administrés. Cette exigence contre les prix d'usage trop élevé, la nécessité d'un entretien suivi des infrastructures et même leur éventuel démantèlement sont des défis pour équilibrer les obligations entre acteurs du partenariat. Cette nécessité doit être prise en compte par les cadres juridiques et institutionnels relatif aux PPP des pays d'Afrique de l'Afrique. D'où la question des perspectives pour une protection globale des intérêts de l'Etat dans les contrats de partenariat.

C : Les perspectives pour une protection globale des intérêts de l'Etat dans les PPP

1) La nécessité de la mise en place de conditionnalités pour le recours aux PPP

849. Les infrastructures construites sous forme de PPP deviennent des classes d'actifs très prisées par les pays et les investisseurs. Aussi prisées soient-ils, les investissements sous forme de PPP devraient être l'exception et non le principe. En d'autres termes, ces formes d'investissements devraient être guidées par deux considérations fondamentales dégagées par le juge constitutionnel français : l'urgence et la complexité. C'est-à-dire primo les administrations des pays de la sous-région devraient y recourir aux cas où seul l'initiative privé peut le réaliser à temps, et secundo, au cas où, vu la complexité technique du projet, seule le cocontractant choisi est en mesure de réaliser un tel projet. Le juge constitutionnel français dans sa décision du 26 juin 2003 Décision n°2003-473 DC, Loi de simplification du droit, les conditions du recours à de tels contrat sont déterminés par le juge constitutionnel français dans une réserve d'interprétation : « *à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé .* »¹⁸⁴⁵

850. Les investissements sous forme de PPP exigent une grande capacité de régulation et de suivi, dans la mesure où la plupart des pays où cet instrument est en vigueur, on a noté des surfacturations, des dépassements de coûts et une risque d'endettement pour les Trésors publics nationaux. Pour parer à tous ces excès et rationaliser ainsi les contrats de partenariat, la loi sénégalaise portant sur les PPP consacre et exige deux considérations « la complexité et l'urgence. »¹⁸⁴⁶ De la même manière cette nécessité de la conditionnalité du recours des PPP

économiques et concurrentielles), étant distingué du risque d'exploitation en ce que le risque lié à la demande n'est pas lié au comportement de l'opérateur. » Voir (S.) Nicinski « Droit des affaires » Paris, 5^e édition, 2016 éd. LGDJ, Lextenso éditions p.652

¹⁸⁴⁵ Voir (S.) Nicinski Droit public des affaires Paris 5^e édition, 2016, éd. LGDJ, Lextenso éditions p.658

¹⁸⁴⁶ C'est l'article 9 de la Loi sénégalaise relative aux contrats de PPP qui dispose « *Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au terme de l'évaluation préalable, au moins l'une des conditions suivantes est remplie :*

a) *compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;*

s'impose vu la cherté des projets de partenariat. C'est la raison pour laquelle, le cadre législatif exige que « *tout projet exécuté sous forme de partenariat public-privé fait l'objet d'un rapport périodique adressé au ministre chargé des finances.* »¹⁸⁴⁷ La conditionnalité vise ici à faire faire la balance de ce que le juge administratif français a déjà consacré à travers les évaluations relatives aux coûts et aux avantages des infrastructures.¹⁸⁴⁸

851. Sur ce point, la législation burkinabé relative aux contrats de partenariat en guise de prévention contre les excès et la nécessité d'avoir des préalables que : « *Le recours au partenariat public-privé donne lieu à une évaluation préalable, réalisée par l'autorité publique concernée avec le concours de la structure chargée de la promotion du PPP. Cette évaluation préalable comporte une analyse comparative de différentes options de réalisation du projet, notamment en termes de coûts-avantages, de partage des risques et de performance. Elle doit également rendre une expertise sur l'économie générale, l'impact du projet de partenariat sur le budget et la dette publique et tenir compte de préoccupations de développement durable notamment les impacts environnemental et social.* »¹⁸⁴⁹ L'idée de consacrer la conditionnalité dans les régimes juridique de partenariat est une idée de bon sens pour les partenaires en affaires (l'Etat et son cocontractant).

852. Dans la mesure où, l'Etat peut rationaliser les différents projets faisant l'objet de partenariat, limiter son endettement éventuel et maîtriser la régulation de ces types de partenariat. De même, la conditionnalité du recours aux PPP est source de sécurité juridique pour le partenaire de l'administration, dans la mesure où un système maîtrisé traduit une pleine utilisation des ouvrages construits par conséquent une rentrée de fonds régulière pour le cocontractant et une protection efficace de l'investisseur. Tout de même, parallèlement à cette conditionnalité nécessaire, les engagements relatifs aux PPP doivent faire l'objet d'un suivi-évaluation régulière en aval.

2) La nécessité du suivi-évaluation contrôle des PPP

853. La forme d'investissement que sont les partenariats public-privé nécessitent une minutieuse préparation en amont, une régulation d'étape et surtout un suivi-évaluation (feedback) à postériori. Ces différentes étapes de gouvernance et de régulation contractuelles nécessitent une maîtrise institutionnelle de la part des pays en développement et particulièrement ceux d'Afrique de l'Ouest. Ces derniers sont confrontés à pas mal de

b) *le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible...* » op cit. p.39

¹⁸⁴⁷ Voir article 7 de la loi Burkinabé relative aux PPP

¹⁸⁴⁸ Voir CE Français ass. 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement c/Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « *Ville Nouvelle Est* » au GAZA M. Long. P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé B. Genevois, Paris éd.Dalloz, 2015 p.540

¹⁸⁴⁹ Voir article 9 de la Loi n°020-2013/AN portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso au : archives.assembleenationale.bf/20122014/IMG/pdf/loi_n°_020_portant_regime_juridique_du_partenariat_public-privé_au_burkina_faso.pdf

problèmes liés à la maîtrise de leur partenariat avec les investisseurs étrangers en matière de contrat de partenariat. Cela est dû à la régulation juridique et institutionnelle assez précaire des PPP qui a comme conséquence : la dégradation de l'environnement sécuritaire au plan juridique pour le partenaire des administrations et l'Etat d'accueil qui ne défend pas bien ces intérêts légitimes.

854. Les cadres législatifs et réglementaires des pays d'Afrique de l'Ouest prévoient cette possibilité d'assurer un bon suivi-évaluation des engagements des États dans les contrats de partenariat¹⁸⁵⁰. Un pays comme le Sénégal, pionnier en matière de PPP en Afrique de l'Ouest pour avoir mis la première loi en la matière « Construction exploitation et transfert CET » en 2004, prévoit et organise les étapes du suivi-évaluation des contrats de partenariat. Sur le plan du suivi : des informations régulières sont transmises au Comité national d'Appui aux Partenariats Public-privé.¹⁸⁵¹ Le volet relatif au suivi et l'évaluation est le maillon faible des contrats de partenariat. C'est une façon pour les pays de la sous région d'assurer une prévention des contentieux éventuels. Il se justifie aussi par une volonté nouvelle des pays d'Afrique d'assurer une protection en aval des intérêts de l'Etat et au cocontractant de la personne publique.

855. Ainsi, dans un pays comme le Sénégal, les engagements contractuels relatifs aux PPP font l'objet d'une évaluation périodique dont l'objet est : « *-d'identifier les contraintes, les difficultés ou les dysfonctionnements éventuels ; -d'apporter les correctifs nécessaires à la bonne exécution des contrats de partenariat ; - d'anticiper les difficultés susceptibles de naître de leur mise en œuvre ; -d'adresser, le cas échéant, des recommandations aux autorités contractantes. Ce rapport rend compte des résultats des évaluations réalisées sur la période et des contraintes et difficultés d'ordre général relevées dans la pratique des partenariats public-privé par les administrations et le secteur privé. Le rapport est assorti de recommandations et de propositions concrètes d'amélioration, le cas échéant.* »¹⁸⁵² Le cas du Sénégal est intéressant pour l'analyse des nouveaux investissements (appelés PPP) En effet, le suivi-évaluation dont il s'agit ici est globale et n'est pas qu'administratif. Le contrôle dont il s'agit ici est double à la fois externe¹⁸⁵³ et interne.¹⁸⁵⁴

¹⁸⁵⁰ La Loi burkinabé portant régime juridique des PPP, article 13 dispose à propos de l'évaluation que : « *Le contrat de partenariat public-privé est conclu notamment, lorsque l'évaluation expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui ont conduit, après une analyse comparative des différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé.* » cité à la p. 40

¹⁸⁵¹ Cette structure « assure un suivi des engagements contractuels non techniques des contrats de partenariat initiés par l'Etat et rend compte au Ministre chargé des Partenariats de tout fait susceptible d'entraver la bonne exécution desdits contrats. » Voir article 22 quant au fonctionnement des comités de suivi, ces derniers « *préparent des rapports semestriels transmis à l'organe délibérant qui veille à leur transmission sans délai au Comité national d'appui aux Partenariats Public-Privé et au Ministre chargé des finances.* » voir article 23 du Décret n°2015-386 portant application de la Loi n°2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat de la République du Sénégal

¹⁸⁵² Voir article 25 du Décret n°2015-386 portant application de la Loi n°2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat de la République du Sénégal

¹⁸⁵³ Il est organisé par l'article 26 « *les contrats de partenariat sont soumis aux vérifications périodiques des corps et juridictions de contrôle de l'Etat.* » Décret précité

856. Le suivi-évaluation-contrôle est une dimension essentielle de la protection des investissements en général et de la protection des investissements faisant l'objet de PPP en particulier du fait des partages du risques qu'ils impliquent. Cette nécessité s'impose dans la mesure où selon la Banque Mondiale, il y a souvent des difficultés réelles de mise en œuvre des contrats : du fait des renégociations et annulations.¹⁸⁵⁵ Les investissements étrangers dans la région ouest africaine sont interpellés par des enjeux, des défis et des perspectives pour une protection globale.

Section 2 : Les défis, enjeux et perspectives des instruments juridiques de protection de l'investissement dans le contexte spécifique des pays d'Afrique de l'ouest

857. La protection juridique des investissements connaissent des mutations considérables : d'une part, les pays d'accueil accélèrent sans cesse leurs cadres législatifs et réglementaire en vue d'une plus grande promotion et sécurisation et d'autres part, beaucoup de pays en développement- mais pas seulement, il y a aussi les pays avancés de l'OCDE- se protègent désormais des investissements étrangers. En effet, à la faveur de l'émergence de nouveaux investisseurs se projetant dans les pays traditionnellement importateurs de capitaux comme ceux d'Afrique et dans les pays historiquement exportateurs de capitaux, les concepts comme la promotion, le traitement et la protection des investissements n'ont pas toujours la même significations pour beaucoup d'Etat.¹⁸⁵⁶

858. C'est la raison pour laquelle, la protection- vue le déséquilibre des prestations- appellent à des évolutions et des ajustements (textuels et au niveau de la pratique) une sécurité juridique globale de tous les acteurs États d'Afrique de l'Ouest comme investisseurs étrangers. Par conséquent, s'impose le nécessaire rééquilibrage de la protection en faveur des États d'accueil (§1), se pose aussi parallèlement, la nécessité impérieuse d'une nouvelle approche patrimoniale dans le régime juridique de l'investissement étranger dans ces pays (§2).

¹⁸⁵⁴ Concernant l'aspect interne de l'exécution des contrats « *les organes de contrôle interne doivent préparer annuellement, à l'attention de l'autorité contractante, un rapport sur l'exécution des obligations respectives des parties au(x) contrat(s) de partenariat.* » article 27 Ibid

¹⁸⁵⁵ Selon le Groupe de la Banque Mondiale : « *Les contrats de PPP sont des contrats de très longue durée, mais il apparaît que les termes du contrat sont bien souvent remis en cause avant terme. Ainsi dans le secteur des Telecom, près de 40% des contrats ont fait l'objet de renégociation, (Guasche, 2001). En Amérique latine, 53% des concessions de transport et 76% des concessions ont fait l'objet de renégociation en moyenne, respectivement 3,1 ans et 1,6 an après la signature du contrat (Gasch, Laffont et Straub, 2003)* » cité par (F.) Marty, (S.) Trosa, (A.) Voisin « *Les Partenariats Public-Privé* » Paris éd. La Découverte, 2006 p. 30 et s. ouvrage précité p. 38

¹⁸⁵⁶ Le droit des investissements étrangers, malgré les avancées structurelles à travers la consécration interne et communautaire du principe classique de non discrimination, est un droit parfois conjoncturel. Quand ils sont en difficulté économique, certains États avancés n'hésitent pas à prendre des mesures protectionnistes, voir Gagné G. « *L'évolution de la politique américaine en matière de protection de l'investissement étranger* » pp.225-240 in « *l'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales* » Sd de M. Arés & E. Boulanger, Bruxelles, éd. Bruylant, 2012

VV- **Paragraphe1 : La nécessité du rééquilibrage de la protection en faveur des États d'accueil**

Le rééquilibrage est devenu une nécessité pour une protection globale de tous les acteurs particulièrement les États d'accueil de l'Afrique de l'ouest. Cela concerne prioritairement le domaine contractuel (A), sur la sécurité juridique globale des États (B), les exemples d'affaires minières importantes de la sous région imposent cette nécessité globale (C).

A : Sur le plan contractuel

1) Equilibrer les prestations : une possibilité

859. Pour plusieurs raisons à la fois économiques, financières et surtout technologiques, les pays d'Afrique de l'ouest ne peuvent pas se passer du contrat comme instrument de matérialisation pratique de leur partenariat avec les firmes et entreprises étrangères¹⁸⁵⁷. Toutefois, longtemps utilisé dans les relations d'affaires entre les États Africains et les entreprises étrangères, ce mécanisme a souvent abouti à des contentieux fréquent qui sont le résultat des ruptures anticipées du contrat. Le volet relatif à la rupture unilatérale de contrat d'investissement a fait l'objet d'une jurisprudence africaine assez consistante au CIRDI¹⁸⁵⁸. Dans la théorie internationale des contrats d'état, ces contrats font l'objet de complexité croissante dans ses différentes composantes et aspects¹⁸⁵⁹. C'est la raison pour laquelle, vu l'importance des besoins en investissements étrangers, vu la nécessité du recours à l'expertise extérieur pour participer à l'effort de développement de ces pays, l'instrument contractuel devrait être bien négocié dans ses différents aspects et particularité : cela va des clauses et surtout leur *adaptabilité aux spécificités socio-économiques*¹⁸⁶⁰, le respect absolu de la législation environnementale et le volet social des activités entreprises dans les pays d'accueil. La nécessité du rééquilibrage est non seulement souhaitable, mais possible, dans la mesure où entre les pays de la sous région ouest africaine et les grandes entreprises étrangères l'un ne peut se passer de l'autre. Les premiers ont besoin des apports en capitaux, technologie et

¹⁸⁵⁷ Voir Sourang M. « *La technique contractuelle dans les rapports Etats-entreprises étrangères : contribution à l'étude des conventions d'établissement conclues par les États africains* », Thèse droit Université de Bordeaux, 1980

¹⁸⁵⁸ Voir les nombreuses affaires passées au tribunal arbitral du CIRDI dont le motif du contentieux a trait à la rupture unilatérale de contrats. Société africaine de bétons industriels SOABI c. État du Sénégal CIRDI aff.N°ARB/82/1 sentences du 25 février 1988 ; voir « Liberian eastern Timber Corporation(LETCO) c. Libéria CIRDI aff. N°ARB/83/2 sentence du 31 mars 1986 ; voir Atlantic Triton Company Limited c. République populaire révolutionnaire de Guinée CIRDI aff.N°ARB/84/1 sentence du 21 avril 1986 ; voir Société d'études de travaux et de gestion seting S.A. c. République gabonaise CIRDI aff.N°ARB/87/1 Ordonnance du Tribunal du 21 janvier 1993 prenant note du désitement de l'instance arbitrale ; voir AMT & Trading Inc c. République du Zaïre CIRDI aff. N°ARB/93/1 sentence du 21 février 1997 ; voir Patrick Mitchell c. Congo, CIRDI aff. N°ARB/99/7, décision du comité ad-hoc, le 1^{er} novembre 2006

¹⁸⁵⁹ Voir Leboulanger Ph. « *Les contrats entre États et entreprises étrangères* », Paris, éd. Economica, 1985 ; voir Lorfin Accaoui P. « *La renégociation des contrats internationaux* », Bruxelles, éd. Bruylant, 2011 ; voir Bessonnet A. Lamy Edouard Ph. « *Contrats d'affaires internationaux Négocier et rédiger un accord Prévenir et résoudre les litiges* », 2^e édition, Paris éd., Pearson Education France, 2008 ; voir Lankarani L.EL « *Les contrats d'état à l'épreuve du droit international* », Bruxelles, éd. Bruylant 2001

¹⁸⁶⁰ Voir Sourang M. p.235 *ibid*

savoirs faire des firmes multinationales, et les seconds ont besoin des États pour accéder à ces marchés, augmenter leur marge et bénéfices et par conséquent leur dynamisme. Ces méga contrats sont non seulement spécifiques, mais sont aussi sources d'espérance pour matérialiser de grands projets que les États seuls ne peuvent pas faire face.

860. Par conséquent, les deux parties ont l'obligation de concourir à la préservation des attentes légitimes dans leurs relations d'investissement¹⁸⁶¹ La spécificité de cet engagement contractuel apparu dans la sphère économique international est évoquée par Pascale A. Lorfing comme un « *contrat d'investissement qui s'accompagne du côté de l'investisseur privé d'apports significatifs d'un engagement durable et d'une prise de risque plus ou moins importante selon la nature de l'opération. L'Etat de son côté attend la réussite du projet, laquelle, du point de vue du droit de l'investissement ne peut guère se matérialiser que par sa contribution au développement ou ses conséquences économiques favorables.* »¹⁸⁶² Le droit international des investissements étrangers tel qu'il se déroule actuellement est marqué par une rupture d'égalité et un déséquilibre sans précédent.¹⁸⁶³ Ainsi l'équilibre des obligations contractuelles est devenu une nécessité pour éviter les impossibilités d'exécution-fait du principe, chantage et violation des *attentes légitimes du cocontractant*¹⁸⁶⁴ En outre cet équilibre contractuel est source de protection globale pour les États : dans la mesure où il permettra à ces derniers de ne pas prendre de mesures réglementaires inutiles empiétant sur les actifs de l'investisseur étranger et de « pacifier » les rapports d'affaires avec les entreprises.

861. En même temps, il est source de protection globale pour les investisseurs étrangers : ça les permettra d'avoir un cadre juridique sécurisant c'est-à-dire non discriminant permettant l'exécution optimale de leurs obligations contractuelles jusqu'à terme. Le défi pour équilibrer les prestations a un double aspect. Le premier concerne : les investissements dans les projets, infrastructures & construction, là il faut s'assurer que les obligations relatives au délai, à la qualité des ouvrages et au non dépassement des coûts convenus dans le contrat. Le deuxième aspect à trait au volet extractif : pour ce secteur qui est crucial pour un renouveau du partenariat il faut s'assurer que les États ne signent des engagements contractuels longs qui est souvent source de déséquilibre en faveur et au profit des firmes étrangères. De même, la globalité de la protection doit être accompagnée du renforcement des capacités de négociation et de veille juridique de la part des pays d'accueil.

2) Renforcement de la capacité de négociation et de veille juridiques

¹⁸⁶¹ Voir Protopsaltis (P.M.), « *Les devoirs internationaux des investisseurs directs étrangers. Réflexions sur un cadre juridique inachevé* », Thèse Université Paris I, 2008

¹⁸⁶² V. J-M. Jacquet, Ph. Delebecque & S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 2^e édition Dalloz 2010, n°774 s. p.577 cité par P.A Lorfing « *La renégociation des contrats internationaux* » Bruxelles, éd. Bruylant, 2011 p. 183

¹⁸⁶³ Voir Gilles (A.), « *La définition de l'investissement internationale Essai sur un concept juridique incertain* », Thèse, Paris I Panthéon-Sarbonne, 2010, 478 p.

¹⁸⁶⁴ Voir Daigremont Crépet C., « *La protection découlant du droit international des contrats* » pp.332-358 in « *Droit des investissements internationaux Perspectives croisées* » Sd de Cuendet-Robert S., Bruxelles, éd. Bruylant, 2017 p.344 ouvrage précité

862. La protection globale des investissements dans un contexte comme celui de l'Afrique de l'ouest nécessite de réelles capacités de négociation de la part des autorités d'accueil de ces pays. La capacité de négociation pose une série d'interrogation sur la nécessité ou non de laisser toujours les mêmes autorités¹⁸⁶⁵ négocier ces engagements contractuels qui engagent les États pendant longtemps ? De même, il serait souhaitable en la matière de vérifier au préalable l'expertise et la connaissance du secteur des fonctionnaires chargées de négocier au nom et pour le compte de/des Etat(s)¹⁸⁶⁶. Cela est nécessaire. En effet, le manque d'expertise ou d'information suffisante risque d'entraîner souvent comme conséquences : des obligations contractuelles déséquilibrées, le manque à gagner se chiffrant à des sommes énormes pour le Trésor public de l'Etat signataire et surtout des impacts éventuels sur le plan social, environnemental et sanitaire négatifs pour les communautés d'accueil de l'investisseur étranger¹⁸⁶⁷. Par conséquent, pour ne pas subir l'abus de clauses léonines générateur de contentieux éventuel, les pays d'Afrique de l'ouest peuvent et surtout doivent avoir une démarche citoyenne et inclusive consistant à consulter avant le démarrage de tout processus de négociation les Organisations non gouvernementales crédibles et connaissant parfaitement le secteur en question.

863. Quant on sait l'irruption de la société civile internationale sur les questions liées à la globalité de la protection des investissements, notamment l'arbitrage¹⁸⁶⁸ les administrations de ces pays doivent avoir une démarche à plusieurs étapes, premièrement : la capacité de négociation ne s'acquiert qu'avec le temps, par conséquent, les États doivent consulter communautés locales concernées directement par l'exécution des clauses contractuelles, notamment pour prévenir les grands *risques environnementaux et sociaux*¹⁸⁶⁹ Deuxièmement, la bonne capacité de négociation doit consister à envoyer les meilleurs fonctionnaires et agents de l'Etat pour des contrats engageant l'Etat pour des décennies. La démarche d'exclusivité doit être la nouvelle normalité en matière d'engagement étatique avec les entreprises et investisseurs étrangers. Un parallèle peut être fait entre la nécessité d'une grande capacité de négociation de contrat et d'un suivi- veille juridique extrêmement faible de la part des administrations publiques des pays de la CEDEAO.

¹⁸⁶⁵ Les autorités compétentes pour négocier et conclure des engagements au nom de l'Etat : Sénégal COA

¹⁸⁶⁶ Dans les pays de tradition juridique français : l'accès à la haute fonction publique se fait suivant une procédure de concours de sélection à la suite de laquelle, on prend les meilleurs et on les forme par le biais des écoles spécialisées en Administrations « ENA ». Le problème avec ce genre de formations spécialisées c'est que le fonctionnaire (éventuellement futur négociateur de l'Etat dans un domaine impliquant des considérations juridiques assez pointues), le fonctionnaire qui n'a pas subi une formation juridique à la base semble vite dépasser au niveau des capacités et arguments face à des firmes étrangères ayant les hautes compétences et ressources humaines au plan juridique et du droit comparé.

¹⁸⁶⁷ Pour pallier à ces insuffisances et risques, les instruments juridiques extractifs africains privilégient deux choses de nature comptable et technologique dans leurs relations avec les firmes étrangères. Dans le modèle de contrat d'hydrocarbures signés par le Sénégal, ce principe est énuméré comme suit : « *Considérant que le Contractant déclare posséder les capacités techniques et financières pour mener à bien les Opérations pétrolières autorisées ...dans le cadre d'un Contrat de recherche et de partage de production fixant ses droits et obligations* » voir Contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures « *Saint Louis Offshore profond* » entre Petro-Tim et Petrosen, fait à Dakar, le 17 janvier 2012

¹⁸⁶⁸ Stern (B.) « Civil society's Voice in the Settlement of International economic disputes », ICSID Review-Foreign International Law Journal, 2009, pp.44-112

¹⁸⁶⁹ Voir Mbengue M.M « *Essai sur une théorie du risque en droit international public L'anticipation du risque environnemental et sanitaire* », Paris, éd. A. Pedone 2009

864. En effet, la veille juridique est une nécessité urgente pour obtenir une globalité de la protection des investissements étrangers. Les cadres juridiques instaurés par les Codes d'investissement¹⁸⁷⁰ le prévoient cependant. L'apport que peut avoir la veille juridique de la part des administrations compétentes peut être un déclencheur d'une protection plus équilibrée des acteurs de l'investissement. Cet apport concerne le suivi sur l'exécution quotidienne des engagements convenus entre l'Etat et son partenaire d'affaires notamment pour éviter les dérives liées aux *pratiques corruptrices*,¹⁸⁷¹ les risques liés à l'éthique et aux droits humains¹⁸⁷², le respect par l'investisseur du droit et politique de la concurrence de l'Etat de l'Etat d'accueil¹⁸⁷³ et la *protection des consommateurs*.¹⁸⁷⁴ Comme on le voit, la protection juridique équilibrée et globale des investissements étrangers exigent de réelles capacités sur beaucoup de plans que les pays de la sous-région ouest africaine cherchent et chercheront encore. Une bonne protection de l'investissement globale et non discriminatoire doit inclure la capacité de négociation contractuelle à tous points de vue et à tous les degrés des pratiques d'investissement entre les États comme ceux d'Afrique de l'ouest et leurs partenaires étrangères. Les questions relatives à la capacité, le suivi et la veille juridiques posent généralement la problématique de la gouvernance contractuelle souvent très faible des pays d'Afrique de l'ouest. La démarche de la globalité pose aussi la question de la sécurité globale de la protection des acteurs de l'investissement international.

B : Sur le plan de la sécurité juridique globale

Le rééquilibrage de la protection s'impose dans le contexte actuel de la pratique des investissements en Afrique de l'ouest ; cela en vue d'obtenir un régime juridique de protection globale et rassurant (1), en vue d'obtenir la prévention du contentieux (2)

1) En vue d'obtenir un régime juridique rassurant de la protection des investissements

865. Plusieurs facteurs militent pour la nécessaire évolution du régime juridique de protection en faveur de la protection globale. En effet, jusqu'ici le régime s'est distingué par l'adaptabilité, l'incitation et l'attractivité en vers et vis-à-vis de l'investissement et de l'investisseur étranger. Le résultat de cette forme de protection en Afrique de l'ouest aura été

¹⁸⁷⁰ Voir article 27 de la Loi L/2015/N°008 du 25 mai 2015 portant Code des investissements de la République de Guinée

¹⁸⁷¹ Notamment, par l'art. 28 qui en dispose ainsi : « *L'investisseur s'abstient de tout acte de corruption ... Les fonds utilisés pour réaliser des investissements sur le territoire de la République de Côte d'Ivoire ne peuvent provenir d'activités illicites et notamment résulter d'opérations de blanchiment d'argent et de terrorisme* » de l'Ordonnance N°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire précité ; voir aussi Gueye (B.) « Développement, bonne gouvernance et lutte contre la corruption », pp.209-218, in SFDI, Colloque de Lyon « Droit international et développement », Paris, éd. Pedone, 2015

¹⁸⁷² Code panafricain des investissements art. 24, « L'affaire Mubende-Neumann (comité des droits de l'homme : l'obligation de l'Etat de faire respecter les droits de l'homme est-elle la voie à suivre ? », Edouard Fromageau et Dalia Palombo p.363 in SFDI « l'entreprise multinationale et le droit international » Colloque de St-Denis du 19 au 21 mai 2016 précité

¹⁸⁷³ Voir Code panafricain des investissements art.28

¹⁸⁷⁴ Article 40 Ibid

une relative efficacité de l'environnement juridique pour les entreprises étrangères. La prise de conscience des limites objectives de l'unipolarité de la protection pousse les Etats, mais aussi les Organisations internationales à souligner la « responsabilisation de l'investisseur et de l'investissement étranger ».¹⁸⁷⁵ Le régime juridique rassurant de l'investissement dans ces pays doit être englobant puisque les enjeux et le contexte économique du partenariat l'exigent.

866. La protection des investissements étrangers doit désormais être un jeu à somme positive : l'Etat fixe le cadre normatif d'investissement concernant l'exploitation des ressources et la conduite des projets de nature économique, et les investisseurs étrangers jouissent des avantages que procure un tel environnement tout en respectant davantage leurs obligations concernant l'aspect social et sanitaire de leurs interventions. Les obligations des investisseurs doivent s'inscrire dans la nouvelle perspective de protection globale qui consiste à respecter le bien commun. Cela se traduit par la redéfinition de l'action des investisseurs hors de leur environnement d'origine. Le rééquilibrage de la protection passe par le durcissement des obligations¹⁸⁷⁶ contenues dans les instruments internes ou convenues dans un contrat de concession, mais aussi sur le plan des prérogatives au niveau législatif et réglementaire¹⁸⁷⁷.

867. Le régime juridique rassurant et global des investissements étrangers doit se traduire par une protection beaucoup plus accrue pour l'investisseur étranger qui doit être rassuré par des lois, principes et normes stables et prévisibles ; mais aussi doit se traduire par la nécessité pour les pays d'accueil ouest africains d'exiger- dans la mesure du possible- des « *performances requièrent*¹⁸⁷⁸ », la nécessité actuellement, dans les termes du partenariat, de revendiquer un impact positif et significatif des investissements étrangers dans les pays de la sous région. La protection globale des investissements requiert aussi un comportement exemplaire du pays d'accueil et de l'investisseur étranger en vue de prévenir autant que se peut un contentieux.

¹⁸⁷⁵ Voir Mbengue Makane M. « Les obligations des investisseurs étrangers » in SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes St-Denis « *L'entreprise multinationale et le droit international* » 19 au 21 mai 2016 Sd de L. Dubin, P.B-Livinec J.L-Iten & V. Tomkiewicz, Paris, éd. A. Pedone 2017 p. 296

¹⁸⁷⁶ Les obligations des investisseurs- respect de la Souveraineté de l'Etat d'accueil, de la législation environnementale, sociale et sanitaire- sont consacrées dans les textes pertinents relatifs aux investissements en Afrique del'ouest, voir article 15 « *des obligations* » de la Loi N°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger ; Néanmoins, le respect des obligations de la part des investisseurs étrangers est une problématique liée à la faiblesse du suivi et de la capacité de réglations des administrations publiques nationales en Afrique de l'ouest.

¹⁸⁷⁷ Sur ce plan, les pays d'Afrique de l'ouest subissent le « déséquilibre » contractuel consistant à des clauses assez défavorables ou léonines dans leurs rapports avec les entreprises étrangères. Ce déséquilibre contractuel du fait des clauses « *d'intangibilité et de stabilité* », frappe la plupart des pays en développement. La globalité de la protection des investissements doit commencer par un rééquilibrage des rapports contractuels afin que la protection des investissements soit globale et réelle. Voir Leboulanger (Ph.) « *Les contrats entre États et entreprises étrangères* », Paris, éd. Economica, 1985

¹⁸⁷⁸ L'innovation dans ce domaine est la faite du droit communautaire. Sous réserve des engagements internationaux- les Mesures concernant les investissements et liés au commerce dans le cadre de l'OMC de 1994, « les États d'accueil peuvent imposer des exigences de rendement pour promouvoir les retombées nationales des investissements en matière de développement », voir article 24 « Exigences de rendement » de l'Acte Additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissements et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO », Fait à Abuja(Nigéria), le 19 décembre 2008

2) En vue de prévenir la récurrence des contentieux

868. Le contentieux est inhérent à toute relation de partenariat. Cela est d'autant plus évident que dans le contexte de l'Afrique de l'ouest, les pratiques d'investissements se déroulent dans des pays où la sécurité est précaire et l'exécution des lois assez laborieuse de la part des administrations publiques nationales. C'est la raison pour laquelle, l'idée de la protection par la prévention du/des contentieux est défi majeur pour obtenir des relations de partenariat apaisé entre État et entreprise(s) étrangère(s). Le souci de prévention doit se traduire l'observance du principe cardinal qui structure le droit international des investissements qu'est la non discrimination.¹⁸⁷⁹ Il doit aussi se traduire par une interprétation démocratique et non autoritaire de la loi votée et qui est destinée aux investissements et aux investisseurs étrangers. Et enfin, il doit se traduire par une démarche de confiance, de dialogue et de communication permanente dans le suivi des investissements étrangers agréés particulièrement ceux considérés comme ayant une importance majeure pour l'économie du pays d'accueil.

869. Dans les pratiques d'investissement, cette phase qui consiste à prévenir tout contentieux est certes salubre, mais très difficile à réaliser à court et moyen terme. En effet, les longues concessions en matière contractuelle, se stabilise rarement puisque les États et les acteurs ont des objectifs différents de par leur nature social, économique et financier : L'Etat est une continuité politique, social et économique qui consiste à gérer l'intérêt général de la collectivité, alors que l'entreprise étrangère gère des intérêts particuliers- celui de ses actionnaires- d'où la nécessité en vue de prévenir tout contentieux préjudiciable à une partie d'insérer des clauses sécuritaires- comme l'exigence de négociation avec les administrations compétentes en vue de prévenir toute situation susceptibles d'aboutir à un différend, mais la reconnaissance dans les grandes concessions complexes l'existence du principe contractuel coutumier « *Rebus sic stantibus* »¹⁸⁸⁰ c'est-à-dire que le changement fondamental de circonstance doit être un paravent, un moyen permettant aux conflits éventuels d'aboutir à l'arbitrage avec tout ce que cela comporte comme conséquence sur la dégradation du climat des investissements dans un pays.

¹⁸⁷⁹ Consacré d'ailleurs dans les droits nationaux de protection en Afrique de l'ouest à l'instar de la Guinée où le Code des investissements dispose en son art.10 « *Les investisseurs étrangers reçoivent en République de Guinée un traitement identique à celui accordé aux investisseurs nationaux* » de la LoiL/2015/N°008 du 25 mai 2015 ; voir l'étude exausitive RGDIP 2015-1 Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp.8-242

¹⁸⁸⁰ La CVDT a consacré ce principe dans une optique conservatrice voire stabilisatrice, par ce qu'il ne peut être évoqué ou ne peut servir de justificatif pour mettre fin à un engagement bilatéral, sauf « *à moins que : l'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité ; et que ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la partie des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité* » voir article 62 de la CVDT « *Changement fondamental de circonstances* ». Dans une volonté de globalité de la protection des investissements, les États d'accueil en Afrique de l'ouest doivent et peuvent prévoir- dans le cadre contractuel avec les firmes étrangères- l'instauration de clauses prévoyant une renégociation en totalité ou en partie des clauses contractuelles le(s) liant avec des investisseurs étrangers. Puisque ce volet est déterminant si on s'inscrit dans une optique de rééquilibrage des rapports et ce sans discrimination envers les investisseurs étrangers.

870. Même si la reconnaissance éventuelle de ce principe dans les relations contractuelles peut constituer une exception à un autre principe classique en droit international des traités qu'est la « Pacta sunt servanda »¹⁸⁸¹ c'est-à-dire le respect d'une convention convenue La nécessité de pallier prévenir le contentieux est évoqué par Thierry Lauriol : « *Les événements nouveaux, qui ponctuent la vie du contrat, peuvent avoir deux conséquences bien distinctes : rendre les obligations contenues dans le contrat impossibles à réaliser, ou rendre leur exécution totalement inéquitable pour l'un ou pour l'autre des exploitants. L'insertion de clauses, permettant sinon de pallier ces événements du moins d'en atténuer les conséquences et des les adapter au contrat, constitue une préoccupation cardinale.* »¹⁸⁸²

871. La protection globale des investissements étrangers exige une attention particulière aux rapports contractuels apaisés entre l'Etat et son contractant, dans la mesure où la lenteur, les frais et la sophistication des procédures d'arbitrage, les difficultés d'exécution des décisions d'arbitrage, l'expertise juridique que cela requiert et surtout l'arrêt de certains investissements pour cause de requête d'arbitrage, font que les pays d'Afrique de l'ouest devront avoir comme stratégie- surtout dans le contexte de fortes convoitises économiques et commerciales- d'avoir des partenariats apaisés. Le souci de rééquilibrage de la protection est devenu une nécessité pour des relations apaisées particulièrement dans les investissements miniers importants au niveau de la sous région ouest africaine.

C : L'exemple d'affaires minières importantes dans la sous région ouest africaine

La pratique des investissements extractifs démontre que les pays qui en sont dotés négocient mal les partenariats qu'ils nouent avec les firmes étrangères, c'est le cas dans deux affaires relatifs aux investissements miniers d'un type nouveau : l'affaire de la firme Arcelor-Mittal et l'Etat du Sénégal (1), et l'affaire des mines de Simandou en République de Guinée (2).

1) L'affaire Arcelor-Mittal /Etat du Sénégal

872. L'affaire qui a opposé le Sénégal et la firme minière Arcelor-Mittal illustre la faible prise en compte de la protection globale des investissements dans les pays d'Afrique de l'ouest. Elle illustre aussi d'une part les risques juridiques inutiles pris par un gouvernement d'un pays en développement en ce qui concerne le choix et le respect des engagements initiaux envers un partenaire¹⁸⁸³, et d'autre part l'incapacité dudit gouvernement à négocier,

¹⁸⁸¹ Voir N-U *Convention de Vienne sur le droit des traités* adoptée par l'AGNU adoptée le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980, art.26

¹⁸⁸² Voir Lauriol (Th) & Raynaud (Em) ouvrage précité p.402

¹⁸⁸³ Le Gouvernement du Sénégal *Société des mines de fer du Sénégal oriental(MIFERSO)* a signé un premier accord avec la firme minière sud africaine « *Kumba Ressources* » le 4 juillet 2004 lui octroyant le titre minier d'exploitation des minerais avec un cahier de charges comprenant les modalités d'exploitation notamment le financement du projet en aval, sauf que l'Etat du Sénégal, a rompu unilatéralement l'engagement le liant avec le partenaire sud africain pour octroyer à nouveau le marché au plus offrant qu'est la Firme indienne « *Arcelor Mittal* » avec à la clé le paiement de dommages et intérêts 75 millions de dollars après un arbitrage de la Cour arbitrale de la CCI de Paris

signer et exécuter les nouveaux types de contrats que sont les contrats miniers intégrés.¹⁸⁸⁴ Le partenariat des pays d'Afrique de l'ouest traditionnellement déséquilibré avec les firmes minières étrangères s'ajoute ici de la naïveté consciente ou non du Sénégal qui a négocié une première un accord avec la firme sud africaine Kumba Ressources avant de se rétracter au profit d'un nouvel arrivant Arcelor Mittal qui a fait une offre plus consistante pour les mines de fer du Falémé. Les faits se résument ainsi : Le Sénégal avait signé un contrat minier avec la Firme Indo-Britannique au terme duquel, ce dernier s'engage à concevoir, financer, construire et opérer un projet minier intégré pour l'exploitation des mines du Falémé¹⁸⁸⁵ qui doit s'accompagner de la construction des milliers d'emplois et des infrastructures ferroviaires et portuaires (port minéralier).

873. Toutefois, l'exécution du contrat est entravée, non pas par un fait du prince, mais par le comportement pour le moyen capricieux du contractant de l'Etat du Sénégal. En effet, à la faveur de la chute des cours des matières premières- particulièrement le minerai de fer- et la situation financière de la firme indienne, cette dernière entreprenne de geler le projet jusqu'à ce que les cours remontent. Parce que l'entreprise « *à la suite de la signature des Accords de 2007, et conformément à ces accords, Arcelor Mittal a conduit des études préalables à la mise en œuvre du Projet Falémé. Sur la base de ces études, Arcelor Mittal a considéré que le projet ne pouvait pas être mis en œuvre dans les conditions prévues par les Accords de 2007, en raison notamment des coûts d'infrastructures et de la quantité et de la qualité des ressources minières* ». ¹⁸⁸⁶ Le Sénégal, sûr de ses prétentions, saisit par une requête d'arbitrage le Tribunal arbitral de la CCI de Paris demandant la résiliation aux torts d'Arcelor Mittal du contrat de 2007. Le tribunal arbitral reconnaît le préjudice moral subi par le Sénégal. En effet, « le 3 septembre 2013, le Tribunal arbitral a rendu une sentence partielle aux termes de laquelle il a conclu qu'Arcelor Mittal n'avait pas respecté les Accords de 2007 et que ceux-ci étaient en conséquence résiliés avec effet immédiat.

874. Le tribunal arbitral avait préalablement renvoyé à une deuxième phase l'examen de la responsabilité d'Arcelor Mittal et les éventuels dommages et intérêts pouvant en résulter. » ¹⁸⁸⁷ Les pays d'Afrique de l'ouest sont la plupart du temps réservés face aux procédures d'arbitrage, surtout en ce qui concerne le volet financier d'une éventuelle condamnation. Ainsi, pour ce qui concerne cette affaire, sûr de son droit vu le déroulement de la procédure et la sentence partielle du tribunal arbitral de Paris -qui allait condamner lourdement la Firme indienne pour des sommes pouvant avoisiner 5 milliards de dollars américains, le Sénégal tente une résolution à l'amiable via un accord transactionnel pour clore définitivement la procédure. C'est ainsi qu'au terme de la transaction convenue entre les

¹⁸⁸⁴ C'est le type de contrat extractif qui exige un triple investissement consistant à exploiter un site minier tout en construisant un chemin de fer pour évacuer les ressources à destination d'un port minéralier. Dans le cas du Sénégal, le Port minéralier devait être construit à Bargny (au large de Dakar).

¹⁸⁸⁵ Région située à l'extrême sud-est du Sénégal très riche en ressources minières(Fer et phosphates) qui n'a jusqu'ici été exploitées.

¹⁸⁸⁶ Voir Préambule (B) de l'Accord transactionnel entre l'Etat du Sénégal, représenté par Monsieur Aly Ngouille Ndiaye, Ministre de l'industrie et des Mines et Arcelor Mittal Holdings AG 30 Mai 2014 https://www.leral.net/Document-Voici-l-accord-transactionnel-entre-l-Etat-du-Senegal-et-ARCELOR-MITTAL_a132222.html

¹⁸⁸⁷ Préambule (D) Ibid

parties : « *ArcelorMittal versera au Sénégal, pour solde tout compte, la somme de 150 millions dollars US (cent cinquante millions USD) à titre d'indemnité transactionnelle, dont 140 millions dollars US correspondant au paiement de dommages et intérêts et 10 millions dollars US correspondant à un remboursement de frais, notamment d'arbitrage. L'indemnité transactionnelle sera payée par ArcelorMittal par virement instruit au plus tard 2(deux) jours ouvrables à Londres suivant la date de signature des présentes sur les comptes ouverts auprès de la Caisse des Règlements Pécuniaires des Avocats au Barreau de Paris* ». ¹⁸⁸⁸

875. Le dossier Arcelor État du Sénégal démontre que le déséquilibre résulte certes des pratiques non conformes des firmes extractives, mais pire certains États d'accueil peuvent avoir des comportements non conformes à l'intérêt général et incompréhensibles vu les enjeux colossaux des investissements miniers surtout un pays qui en ait pas mal doté comme le Sénégal. Le fait de transiger est permis si les deux parties en conviennent quelque soit le degré et l'avancement de la procédure, sauf que ça ne doit pas se faire au détriment de l'Etat et de ses intérêts légitimes. Le déficit de globalité dans la négociation et la signature de tel méga contrat d'investissements extractifs ne concerne pas que le Sénégal, un pays comme la Guinée est rattrapée le déficit d'expertise juridique et de gouvernance contractuelle dans les investissements extractifs.

2) L'affaire des mines de Simandou en Guinée

876. L'approche de la protection globale des investissements étrangers est une dimension importante pour préserver les ressources extractives d'un pays et par conséquent sécuriser juridiquement les investisseurs. Dans le cas comme celui de la Guinée montre l'incapacité à gérer les nouveaux types de contrat impliquant une matricité de risques importants et compliqués qui entravent *l'opérationnalité du projet* ¹⁸⁸⁹ La conséquence de cette inconséquence juridique et politique a été la saisine du tribunal arbitral. ¹⁸⁹⁰ Le projet Simandou du nom du lieu où se trouvent les vastes gisements de minerais de fer, est le plus grand projet de mines intégré, minier, ferroviaire et portuaire.

877. En effet, c'est une mine à ciel ouvert avec une potentielle de production annuelle de 100 millions de tonnes de fer en haute teneur. Le gisement de fer de la Guinée a le plus grand potentiel dans le monde. Le problème juridique qui se pose c'est que les instruments miniers nationaux des pays d'Afrique il y est consacré un principe cardinal, à savoir les titres miniers

¹⁸⁸⁸ Voir article 1- *indemnité versée au Sénégal*- de l'Accord transactionnel « *État du Sénégal et Arcelor Mittal* » du 30 mai 2014

¹⁸⁸⁹ Voir Ndiaye (I.) « *Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal* », Paris, éd. L'harmattan, 2015 p.223

¹⁸⁹⁰ L'absence de capacités technologiques et financières préfigurent dès le départ le motif de résiliation future de contrats. C'est ce qu'a fait la République de Guinée qui après avoir octroyé le marché (Simandou 1 et Simandou 2) à l'entreprise BSG Ressources Limited lui retire ces droits. « Ces droits miniers bloc de minerais à ciel ouvert (Simandou 1 et Simandou 2) ont fait l'objet d'un retrait et d'une résiliation les 17 et 18 avril 2014 en raison des faits de corruption entachant la validité du contrat » Le 11 août 2014, la Société BSG Ressources Limited a saisi le CIRDI d'une requête d'arbitrage à l'encontre de la République de Guinée Affaire ARB/11/22. L'affaire est toujours pendante devant le tribunal arbitral <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7372.pdf> consulté le 29 mai 2018

sont octroyés aux opérateurs qui justifient une compétence technique éprouvée et une surface financière conséquent permettant une exploitation optimale des titres miniers octroyés par l'autorité administrative compétente. Alors que dans le cas d'espèce ces conditions ne sont pas non seulement réunies, mais l'entreprise en question a réussi à obtenir la concession de ce méga projet par des manœuvres pour le moyen frauduleuses en utilisant les pratiques corruptrices. Le projet des mines de Simandou qui nécessite des investissements colossaux implique beaucoup d'acteurs et connaît des imbroglios juridiques très complexes : « *Le 30 avril 2010, le brésilien Vale a annoncé avoir acquis le droit d'exploiter les mines de Simandou, en achetant 51% du capital de VBG, une filiale détenue par Benny Steinmetz Group Resources (BSGR) ? Simandou donne accès à des milliards de tonnes de minerai à haute teneur en fer. Le 9 avril 2014, le Gouvernement guinéen, à la suite du rapport produit par le comité technique de revue des titres et conventions miniers (CTRTCM), a indiqué que les titres miniers et la convention minière détenus par la société VBG avaient été acquis dans des conditions frauduleuses et à résilié la convention minière. Une procédure arbitrale a été intentée sous l'égide de la London Court of International Arbitration par Vale à l'encontre de BSGR. Le group Rio minier Tinto a annoncé mercredi 30 avril 2014 avoir déposé une plainte aux Etats-Unis contre Vale et BSGR. La plainte concerne la perte de la moitié de la concession minière de Simandou par Rio Tinto qui lui avait été attribué deux ans auparavant* ». ¹⁸⁹¹

878. Ce projet qui illustre comme précédemment évoqué- la mauvaise gouvernance et le faible suivi en matière d'investissements extractifs, est finalement confié à un consortium associant la filiale de la firme australienne Rio Tinto (Simfer SA), le chinois Chalco et la filiale de la Banque mondiale spécialisée dans le soutien au secteur privé la Société financière internationale (SFI). Les deux exemples évoqués illustrent d'une part la faible compétence juridique et de capacités de négociation pour ce genre de contrats impliquant la complexité des montages juridiques et financiers, et d'autre part la conséquence du mal que constitue et cause les pratiques corruptrices envers les agents publics par certains investisseurs internationaux extractifs en Afrique de l'ouest. L'exemple montre que la saine négociation et de signature de contrats équilibrés est une nécessité urgente. Ceci pose la problématique d'une approche plus globale plus patrimoniale dans le régime juridique de l'investissement étranger.

WW- Paragraphe 2 : la nécessité d'une approche patrimoniale nouvelle dans le régime juridique de l'investissement étranger

A : La promotion des investissements socialement responsables

La protection globale des investissements étrangers ne peut être une réalité que si leur effectivité est assurée de façon sociale et responsable dans le domaine des ressources naturelles (1), mais aussi dans le domaine foncier (2).

1) Dans le domaine des ressources naturelles

¹⁸⁹¹ Voir Lauriol (Th.) & Raynaud (Em.) « *Le droit pétrolier et minier en Afrique* », Paris, éd.L.G.D.J. Éditions, 2016, p.38, ouvrage précité

879. Les ressources naturelles et leur modèle d'exploitation doivent être au cœur de la globalité. S'il y a un domaine qui témoigne de la prise en compte complète des intérêts de l'Etat dans les pratiques d'investissements, c'est bel et bien ce secteur qui nécessite une préservation comme « patrimoine du futur »¹⁸⁹² et surtout une « gestion concertée »¹⁸⁹³. Les pays d'Afrique ont en matière d'investissement- une perception du risque très élevée, c'est la raison, malgré les immenses potentialités, les IDE ne se sont concentrés que dans le domaine extractif. Malheureusement, ce domaine illustre, et continue de l'être, les manquements notoires des firmes extractives vis-à-vis de leurs engagements¹⁸⁹⁴. La globalité de la protection des investissements étrangers doit être la nouvelle normalité dans des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest. Cela doit se traduire- à toutes les échelles de la pratique d'investissement- par l'exigence et la promotion des investissements socialement responsables.

880. La notion d'obligation relative aux investisseurs étrangers¹⁸⁹⁵ doit être réinventée et suivie dans son application par tous les acteurs notamment les Etats, mais particulièrement les investisseurs. Sur ce point, il faut dire que les cadres juridiques conventionnelles et à l'échelle continentale ont fait de nettes progrès en vue d'une plus grande responsabilisation des acteurs notamment avec les principes de l'Équateur relatif aux investissements socialement responsables¹⁸⁹⁶. Le Code panafricain d'investissements note et liste bien cette nécessaire responsabilisation à triple niveau: «*1. Les investisseurs veillent au respect de la législation, de la réglementation, des directives administratives et des politiques de l'Etat d'accueil. 2. Les investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques, s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des États d'accueil et sont sensibles à ces objectifs. 3. Les investisseurs contribuent au progrès économique, social et environnemental dans le but de réaliser le développement durable des États d'accueil.* »¹⁸⁹⁷

¹⁸⁹² Voir DE Montgolfier (J.) Natali Marc (J.) « Le patrimoine du futur Approches pour une gestion patrimoniale des ressources naturelles », Paris, éd. Economica, 1987

¹⁸⁹³ Voir Meral (Ph.), Castellanet (Ch.), Lapeyre (R.) « *La gestion concertée des ressources naturelles L'épreuve du temps* », Paris, Coédition GRET-C3ED-Karthala, 2008.

¹⁸⁹⁴ Voir sur ce point le cas du Sénégal Sonko (O.) « *Pétrole et gaz au Sénégal Chronique d'une spoliation* », Paris éd. Fauves éditions, 2017 p.150 ; voir aussi Loring Accaoui (P.) « *La renégociation des contrats internationaux* », Bruxelles, éd. Bruylant, 2011 p.248

¹⁸⁹⁵ Moïse Mbengue (M.) « Les obligations des investisseurs étrangers » in Colloque SFDI « *L'entreprise multinationale et le droit international* » précité

¹⁸⁹⁶ Notamment en ce qui concerne la prévention des risques sociaux et environnementaux dans le financement de projets. Ils exigent une catégorisation des projets basée sur la recommandation de la SFI : « *Catégorie A : pour les projets présentant des impacts négatifs sociaux ou environnementaux potentiels significatifs, hétérogènes, irréversibles ou sans précédent, Catégorie B : pour les projets présentant des impacts négatifs sociaux ou environnementaux limités, moins nombreux, généralement propres à un site largement réversibles et faciles à traiter par des mesures d'atténuation, et catégorie C : pour les projets présentant des impacts négatifs sociaux et environnementaux minimes ou nuls* » Voir BNP Paribas : « Mise en œuvre des Principes de l'Équateur » Mai 2013, 11p. https://groupbnpparibas/uploads/file/fr_2012-equator_principles_implementation_1.pdf p.2 consulté le 20 mai 2018 voir site officiel https://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_french.pdf

¹⁸⁹⁷ Voir Commission de l'Union Africaine Département des Affaires économiques « *Code panafricain d'investissements* », décembre 2016

881. La responsabilisation des investisseurs étrangers dans le domaine extractif est étroitement liée au renforcement des obligations qui incombent aux firmes s'implantant dans ces pays d'Afrique de l'ouest. Le Code panafricain d'investissements tente de ce fait une correction des insuffisances notées dans les instruments internes des États africains relatifs aux investissements étrangers par l'imposition d'obligations relatives à l'utilisation des ressources naturelles : « *Les investisseurs ne doivent pas exploiter ou utiliser les ressources naturelles locales au détriment des droits et intérêts de l'Etat d'accueil. Les investisseurs veillent au respect des droits des populations locales, et évitent les pratiques d'accaparement des terres, préjudiciables à ces communautés.* »¹⁸⁹⁸

882. La volonté d'inscrire les investissements portant sur les ressources naturelles conduit à sanctionner les manquements contractuels de la part d'investisseurs pour avoir obtenu la signature d'un contrat par dol ce qui rend le contrat nul et de nul effet.¹⁸⁹⁹ La notion d'investissement socialement responsable dans le domaine extractif s'impose en Afrique de l'ouest pour différentes raisons : l'extraction doit désormais s'inscrire dans le contexte du rééquilibrage des rapports, elle doit respecter les particularités africaines comme le patrimoine culturel¹⁹⁰⁰ et elle doit aussi servir à promouvoir la durabilité. La protection des investissements étrangers est un défi dans la sous région ouest africaine, particulièrement dans un domaine si particulier qu'est le domaine foncier.

2) Dans le domaine foncier

Le domaine foncier est une problématique majeure en matière de protection des investissements, c'est la raison pour laquelle, l'enjeu c'est de faciliter l'accès aux fonciers pour les investisseurs étrangers (a), mais aussi il y a lieu de la réglementation stricte pour les investissements à usage agricole (b).

a- Faciliter l'accès aux fonciers pour les investisseurs étrangers

883. Parmi les obstacles de taille pour finaliser dans les délais et à temps un projet d'investissement dans les pays d'Afrique de l'ouest, il y a les difficultés à obtenir sur le plan

¹⁸⁹⁸ Voir article 23 Ibid

¹⁸⁹⁹ Dans l'affaire Société d'investissement de recherche et d'exploitation minière(SIREXM) c. Burkina Faso où le « *Tribunal arbitral refuse d'indemniser l'investisseur des sites aurifères puisqu'il est l'auteur du dol ayant vicié la Convention (et que) le dol ne saurait avoir de primes* », CIRDI Affaire n°ARB/97/1 Sentence du 19 janvier 2000 cité par Fouret J. & Khayat D. « *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI* » Bruxelles, éd. Bruylant 2009 p. 240 et s.

¹⁹⁰⁰ C'est la grande innovation des textes relatifs aux investissements extractifs dans les pays d'Afrique de l'ouest : l'article 12 de l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement au sein de la CEDEAO dispose que « *les investisseurs, leurs investissements et les autorités de l'Etat d'accueil appliquent le principe de précaution à leur étude d'impact socio-culturel* » ; Dans cette même veine sur le respect du patrimoine culturel en matière d'investissement : « *les titulaires de droits et titres miniers opérant dans des États membres sont astreints au respect des droits des communautés locales, en particulier leurs droits de propriété culturelle* » voir article 16 de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des Principes Directeurs et des politiques dans le secteur minier, fait à Abuja, le 27 mai 2009 ; voir aussi l'article 20 du Code panafricain d'investissements qui dispose que « *les investisseurs doivent respecter des obligations socio-politiques, y compris « le respect des valeurs socio-culturelles »*

administratif un permis de construire.¹⁹⁰¹ Compte tenu de plusieurs facteurs, le régime foncier est marqué par une concurrence de compétence au plan législatif et réglementaire entre les législations officielles et la conception coutumière qui continue toujours à prévaloir dans l'attribution et l'exploitation des terres.¹⁹⁰² Le dualisme des conceptions sur le plan foncier ne permet pas d'obtenir un environnement juridique stable et prévisible pour l'acquisition et l'utilisation du foncier à des fins d'investissement par des entreprises étrangères s'implantant dans des pays d'Afrique de l'ouest. La dimension foncière des investissements est une composante essentielle de la nécessaire protection globale de ceux-ci. Dans l'objectif de lever tous les obstacles relatifs aux investissements étrangers, les pays d'Afrique de l'ouest accordent une attention particulière au volet foncier, notamment *facilité l'accès*¹⁹⁰³.

884. Dans certains pays d'Afrique, le foncier constitue non obstacle, mais les demandes et exigences de réforme agraire sont pressantes¹⁹⁰⁴ La problématique foncière est traitée de façon disparate dans des textes relatifs aux investissements étrangers comme les Codes d'investissement¹⁹⁰⁵, les Codes miniers, notamment la Directive communautaire relative aux politiques minières¹⁹⁰⁶ et les lois particulières portant sur le foncier.¹⁹⁰⁷ En vue de faciliter l'accès au foncier et faciliter ainsi la rapidité et l'efficacité dans le traitement des dossiers d'investissements étrangers, certains pays comme le Sénégal prône à travers la loi n° 60-46 du 17 juin 1964 sur le foncier communément appelée loi sur le domaine national innove pas mal sur la simplification du régime foncier. Celle-ci passe par la restauration de l'autorité de l'Etat par le biais de l'immatriculation¹⁹⁰⁸ et la clarification des autorités compétentes pour attribuer les terres : « *Les terres de la zone des terroirs sont gérées sous l'autorité de l'Etat et dans les conditions fixées par décret, par un Conseil rural et par le Président dudit Conseil* »¹⁹⁰⁹.

885. L'aspect foncier est central dans l'efficacité du régime juridique de l'investissement. Cela est particulièrement vrai dans le contexte des pays d'Afrique de l'ouest où le régime juridique de la propriété sur le foncier est plus ou moins opaque et précaire. C'est cette insécurité juridique, dû à la forte prégnance des conceptions coutumières dans le foncier

¹⁹⁰¹ L'obtention rapide du permis de construire fait partie des 10 aspects de la réglementation des affaires qui ont une incidence sur la vie d'une entreprise : voir spécialement Groupe de la B.M. Doing Business 2017 « *égalité des chances pour tous* », 14^e édition au <https://www.doingbusiness.org/reports>

¹⁹⁰² Voir La Loi N°2017-001/du 11 avril 2017 portant sur le foncier agricole dont l'article 19 dispose : « *L'accès aux terres Agricoles des communautés rurales se fait par succession conformément aux dispositions coutumières* » ; « *la donation de la terre agricole et le prêt des terres Agricoles sans contrepartie se font conformément aux règles et pratiques coutumières* » voir article 20 et 21 *ibid*.

¹⁹⁰³ Voir article 19 Ordonnance N°2012-487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements en Côte d'Ivoire

¹⁹⁰⁴ Voir Professeur Abdoulaye Dièye « La gouvernance foncière au Sénégal et dans quelques pays d'Afrique Enjeux, défis et tendances actuelles », au Forum foncier mondiale Dakar 2015- du 12 au 16 mai 2015 p. 8, 8p. : www.landcoalition.org/sites/default/files/documents/resources/brochure_gouv_fonciere_senegalais.pdf

¹⁹⁰⁵ Voir article 14 de la Loi N°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger

¹⁹⁰⁶ Voir article 4 Directive C/DIR3/05/09 sur « *l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier* », Fait à Abuja (Nigéria), le 27 mai 2009

¹⁹⁰⁷ Voir Loi N°64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national du Sénégal : base.afrique-gouvernance.net/docs/smarga_loi_n64-46_du_17_juin_1964_domaine_national.pdf

¹⁹⁰⁸ Voir article 3 « *Les terres du domaine national ne peuvent être immatriculées qu'au nom de l'Etat* »

¹⁹⁰⁹ Voir article 9 *ibid*

africain, que le Code foncier et domanial de la Guinée a voulu corriger en consacrant des principes généraux du droit de propriété élargi aux investisseurs étrangers.¹⁹¹⁰ Ainsi la propriété est pleinement consacrée sous réserve de l'intérêt général : « *Le droit de propriété confère à son titulaire la jouissance et la libre disposition des biens qui en sont l'objet de la manière la plus absolue. Il s'exerce dans le respect des limitations imposées par l'intérêt général ou celles prévues par les dispositions légales.* »¹⁹¹¹ De même, le Code guinéen ne se contente pas uniquement à consacrer le régime de propriété, mais procède à la reconnaissance et à l'identification des acteurs et titulaires de la propriété : « *Sont propriétaires au sens du présent code :*

1°- les personnes physiques ou morales titulaires d'un titre foncier,

2°- les occupants, personnes physiques ou morales, titulaires de livret foncier, permis d'habiter ou autorisation d'occuper,

3°- les occupants, personnes physiques ou morales, justifiant d'une occupation paisible, personnelle, continue et de bonne foi d'un immeuble et à titre de propriétaire. S'il y a lieu, la preuve de la bonne foi est apportée par tous moyens et notamment par le paiement des taxes foncières afférentes audit immeuble, par la mise en valeur de l'immeuble conformément aux usages locaux ou par une enquête publique et contradictoire. »¹⁹¹²

886. L'accès au foncier est juridiquement consacré afin de permettre aux investisseurs étrangers d'accéder et de jouir de la terre pour leurs investissements. Toutefois, le foncier demeure une épine dorsale de l'environnement des investissements en Afrique de l'ouest notamment dans les pays sous anciennement français¹⁹¹³ et des pays sous anciennement

¹⁹¹⁰ « L'Etat ainsi que les autres personnes physiques et les personnes morales privées peuvent être titulaires du droit de propriété sur le sol et les immeubles qu'il porte, et l'exercer selon les règles du Code civil et celles du présent Code. » Voir article 1 de l'Ordonnance 0/92/019 du 30 mars 1992 portant Code foncier et domanial Journal Officiel de la République de Guinée Mai 1992

¹⁹¹¹ Voir art. 2 Ibid

¹⁹¹² Voir article 39 Ibid

¹⁹¹³ Où malgré les difficultés récurrentes consécutives à la prégnance de la coutume qui prône la terre comme un bien sacré et inaliénable, collectif et non susceptible d'appropriation privée. Par conséquent, il y a reconnaissance explicite de la coutume dans les nouvelles législations foncières officielles. Pour la Côte d'Ivoire « *la remise en cause des droits naturels coutumiers des populations sur les terres à l'accession du pays à l'indépendance, a, de façon récurrente, fait l'objet de contestations et produit des conflits. L'Etat tente d'apporter des solutions à travers l'adoption d'une nouvelle législation. La loi sur le domaine foncier rural, publiée le 23 décembre 1998, organise le titrage systématique des droits coutumiers en droits de propriété privé.* » ; Pour le Bénin « *L'Autorité en matière foncière, c'est le chef de terre, autorité ancienne et étroitement liée à la culture vaudou. Il dénoue les conflits fonciers compte non tenu des titres officiels d'occupation. Le 14 janvier 2013, la loi n°2013-01 portant code foncier et domanial en République du Bénin a été adoptée à l'unanimité* » ; Au Burkina- à l'instar du Bénin et de la Côte d'Ivoire,- le législateur BURKINABE reconnaît aujourd'hui, officiellement les droits coutumiers. (La loi du 16 juin 2009) Il a prévu leur formalisation à travers des attestations de possession foncière et des accords de prêts. ; Au Mali il a été noté la volonté de reconnaissance des droits coutumiers par le code domanial et foncier de 2000 modifié en 2002 et complété par la loi d'orientation agricole(LOA)dans son volet foncier mais aussi la mise en œuvre d'une politique foncière spécifique » Voir professeur Abdoulaye Dièye « La Gouvernance foncière au Sénégal et dans quelques pays d'Afrique Enjeux, défis et tendances actuelles » Forum foncier mondial Dakar 2015 –Du 12 au 16 mai 2015 8 p. pp.

anglais.¹⁹¹⁴ Le domaine foncier démontre amplement dans les pays d'Afrique de l'ouest que des progrès considérablement ont été faits pour sécuriser juridiquement l'accès des investisseurs étrangers au foncier local. Néanmoins, le droit a une particularité en Afrique de l'ouest qui est son ineffectivité. C'est la raison pour laquelle, l'effectivité du régime foncier est loin d'être parfaite. Elle a souvent aboutie à l'insécurité foncière pour les particuliers, les entreprises locales et leurs homologues étrangers. Si l'accès au foncier doit être de droit et pleinement reconnu pour les investisseurs étrangers dans tous les domaines de l'activité économique et commerciale, il n'en demeure pas moins, vu la sensibilité du domaine agraire, que les investissements étrangers portant sur les terres doivent être pleinement encadrés pour qu'ils ne fassent pas au détriment des intérêts légitimes des États et surtout de la sécurité alimentaire.

b- Réglementation stricte pour les investissements sur les terres arables

887. L'attractivité de l'Afrique pour les méga opérations foncières à usage agricole est de plus en plus manifeste. L'Afrique qui est le grenier futur du monde du fait de ses immenses terres et réserves arables¹⁹¹⁵ semble être impuissante face à ce phénomène d'« accaparement » ou d'investissement sur les terres. Beaucoup de pays d'Afrique de l'ouest sont concernés par ce phénomène d'une ampleur sans précédent :

Pays concernés	Surface louée ou vendue aux investisseurs étrangers pour une production alimentaire
Gabon	415 000 ha
Ghana	907 000 ha
Guinée	1 608 215 ha
Liberia	1 737 000 ha
Mali	372 167 ha
Nigéria	542 500 ha
République du Congo	670 000 ha
Sénégal	460 000 ha
Sierra Leone	501 250 ha

¹⁹¹⁴ Dans les pays anciennement colonie anglaise, la situation demeure à peu près la même, à savoir la prééminence des conceptions coutumières sur la loi au point qu'un compromis codifiant une partie importante de la coutume dans la loi officielle fut trouvée. Ainsi au Ghana, « deux grands régimes fonciers existent : le régime coutumier et le régime public. L'immense majorité des terres au Ghana restent placées sous le régime coutumier officiellement garanti par le gouvernement ghanéen. Pour cela, des structures sont mises en place mais se pose, come dans d'autres pays, le problème de leur opérationnalité. ; Au Nigéria, le Général Olusegun Obasanjo à promulguer le « Land Use Act » (loi sur la mise en valeur des terres) en 1978. Le Gouverneur dans chaque État et les gouvernements locaux se voyaient partagée la mission de gérer respectivement les terres urbaines et les terres non urbaines. Par cet acte le gouvernement cherchait à asseoir son autorité sur les ressources foncières aux mains de groupes ethniques, de lignées ou de familles. Le « Land Use Act » son effectivité n'est pas totale. En effet, même s'il a fragilisé le régime foncier coutumier, le droit traditionnel a continué à être reconnu dans les régions où les terres étaient depuis longtemps la propriété des clans et des familles » Voir Professeur Abdoulaye Dièye ibid p.8

¹⁹¹⁵ Selon l'annuaire statistique de la FAO : les terres arables cultivables de l'Afrique s'élèverait à 1050 millions d'hectares de terres cultivables. Ce qui justifie le « statut » de grenier du monde accordé souvent à l'Afrique voir www.fao.org/brochures/en

Source : Pierre Jacquemot « les acquisitions foncières à grande échelle en Afrique : réalités et conséquences » in Mondes méditerranéens « *L'Afrique face aux pays émergents : vers des relations renouvelées ?* » Sd de Gilles Ferréol, Paris, éd EME éditions 2017 p. 36

888. Le tableau démontre que les terres africaines deviennent des actifs très convoités par les investisseurs étrangers. Ce phénomène encouragé par les gouvernements, pour espérer une modernisation agricole et une mise en œuvre des terres arables sur certaines parties du pays, touche pratiquement beaucoup de pays en Afrique particulièrement dans sa partie ouest. Ainsi les pays les plus touchés par ces « neo investissements » sont le Libéria (1 737 000 ha) vendus et la Guinée (1 608 215 ha) vendus. Ces deux pays semblent plus avancer dans le processus que les autres. Ces derniers sont aussi de gros vendeurs : le Ghana avec 907 000 ha, suivi du République démocratique du Congo 670 000 ha. Ces deux pays situés en Afrique de l'ouest et en Afrique centrale suivent le processus. Alors que le Congo reçoit ces nouveaux investisseurs dans un contexte de crise socio politique marqué avec le conflit civil qui sévit depuis des années à l'Est du pays. Le Sénégal et la Sierra Leone respectivement 460 000 ha et 501 250 ha vendus sont aussi d'importants vendeurs. En dernier lieu, le Gabon et le Mali respectivement 415 000 ha et le Mali 372 000 ha vendus sont au cœur du processus qui consistent à ouvrir le foncier agricole aux nouveaux investisseurs comme les fonds souverains, les fonds de pensions et certains pays motivés par la sécurité alimentaire pour le futur car n'ayant que peu de terres arables. L'autre facteur, c'est que des pays en conflit, comme la RD Congo en conflit participent dans le processus d'acquisition comme vendeurs. D'autres pays en situation de post conflit, avec une fragilité certaine des capacités institutionnelles comme le Libéria, le Mali et la Sierra Leone bradent des milliers d'hectares à des investisseurs étrangers.

889. A défaut de les interdire,¹⁹¹⁶ les pays d'Afrique de l'ouest peuvent strictement réglementer le foncier agricole à usage d'investissement au nom et dans l'objectif légitime de sécurité alimentaire. La pratique des investissements fonciers dans les pays d'Afrique de l'ouest telle qu'elle se fait est loin de protéger les intérêts des États et des communautés locales des zones investies par les fonds d'investissement. La conséquence de nouveau type d'investissement c'est le renforcement à outrance de la protection unilatérale de l'investisseur et non la protection globale nécessaire des intérêts du pays d'accueils et de ses populations rurales. La position du problème est telle que le rééquilibrage s'impose. D'où l'implication des Organisations régionales africaines comme l'UA à travers la Directive sur les terres¹⁹¹⁷. Cet instrument panafricain a procédé à pas mal d'innovations concernant le foncier agricole africain, c'est-à-dire la nécessité d'assurer et de préserver la paix sociale et préserver l'environnement. Sur ce point, le Cadre et ligne directrices vise à « *a servir de base pour l'engagement des États membres africains à formuler et à mettre en œuvre de bonnes*

¹⁹¹⁶ Comme au Ghana pourtant gros vendeurs mais l'ineffectivité des normes juridiques se manifestent « *en dépit de l'interdiction érigée en norme constitutionnelle de création de droits de propriété foncière en faveur des étrangers et même de signature de baux de plus de 50 ans, les acquisitions à grande échelle de terres pour l'agriculture et les biocarburants se développent à un rythme inquiétant.* » Voir professeur Abdoulaye Dièye op cit. p. 54

¹⁹¹⁷ C'est un instrument panafricain qui « *tente de formuler les principes essentiels qui devraient sous tendre l'élaboration, le contenu et la mise en œuvre de politiques foncières dans les États membres africains* » p.2

*politiques foncières en tant que fondement d'un développement humain durable, lequel inclut assurer la stabilité sociale, maintenir la croissance économique et réduire la pauvreté et, préserver les ressources naturelles contre la dégradation et la pollution ».*¹⁹¹⁸

890. En matière d'investissement étranger sur le foncier agricole, il y a une certaine spécificité par rapport aux autres investissements sectoriels. En effet, le foncier agricole fait l'objet de contentieux et d'une revendication de réforme de la part de certaines populations dans certains pays d'Afrique¹⁹¹⁹. Les capacités institutionnelles de négociation de tels contrats complexes sont faibles et souvent, il s'y ajoute aussi l'opposition des populations au niveau rural empêchant parfois les gouvernements vendeurs d'octroyer les terres¹⁹²⁰. Il y a aussi un autre facteur du point de vue des investisseurs étrangers sur le foncier agricole africain : ce sont des investisseurs d'un type nouveau (fonds de pensions, pays pétroliers ou en fort excédent budgétaire et pays détenant un fonds souverain) dont la motivation est prospective et consiste à préparer leur sécurité alimentaire vu l'absence de terres arables chez eux. Prenant conscience d'éventuels dangers que pourraient causer ces méga investissements sur le foncier agricole africain, la FAO, le FIDA et du PAM ont établi les Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture dont le maître mot est le droit à l'alimentation et la sécurité alimentaire : *« L'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires aide les États à assumer leurs obligations concernant la réalisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, et les utilisateurs visés à assumer leur responsabilité s'agissant du respect des droits de l'homme. L'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires contribue à la sécurité alimentaire et à la nutrition, en particulier pour les plus vulnérables, au niveau des ménages et aux niveaux local, national, régional ou mondial, et contribue à éradiquer la pauvreté. »*¹⁹²¹

891. De même, la protection des investissements étrangers particulièrement ceux portés sur la terre agricole ne peut être globale que si les investisseurs respectent leurs obligations et surtout des clauses relatives au respect du patrimoine culturel et le savoir traditionnel, des notions non seulement significatives, mais qui ont un sens réel dans le contexte ouest africain. C'est tout le sens du Principe 7 qui dispose : *« L'investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires respecte le patrimoine culturel et le savoir traditionnel et favorise la diversité, notamment la diversité génétique, et l'innovation : en respectant les sites et les systèmes du patrimoine culturel, notamment le savoir, les*

¹⁹¹⁸ Voir « Cadre et lignes directrices sur les Politiques foncières en Afrique Politiques foncières en Afrique : un cadre pour le renforcement des droits fonciers, l'amélioration de la productivité et des conditions d'existence » Consortium Commission de l'UA- CEA –BAD, septembre 2010, Addis Abeba -Ethiopie p.2 68p. https://www.uneca.org/sites/default/files/uploaded-documents/LPI/fg_on_land_policy_fre.pdf

¹⁹¹⁹ Voir Moyo, S., « African land Questions. Agrarian transitions and the state : Contradictions of neoliberal land reforms ». CODESRIA, Green Books série. Codesria 2008

¹⁹²⁰ Voir Moyo Sam « Reconstruction des paysannats africains : inaliénabilité des droits sur le foncier et souveraineté alimentaire collective en Afrique australe ? », pp.11-47 in « Réponses radicales aux crises agraires et rurales africaines Agricultures paysanne, démocratisation des sociétés rurales et souveraineté alimentaire », Sd Tchigoua-Founou B. Ndiaye Ab., Dakar-CODESRIA 2012, p.39

¹⁹²¹ Voir Principe 1 « Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires » de la FAO, du FIDA et du PAM approuvé par le Comité de la sécurité alimentaire mondiale(CSA) le 15 octobre 2014 <https://www.fao.org/3/a-au866.pdf>

compétences et les pratiques traditionnelles, et en reconnaissant le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans l'agriculture et les systèmes alimentaires. »¹⁹²²

Le contexte de forte convoitise dont l'Afrique de l'ouest fait l'objet démontre que ce genre d'investissements sur les terres sera important dans l'avenir, c'est la raison pour laquelle, -au risque d'aboutir à un accaparement à grande échelle des terres arables, le cadre juridique foncier devrait être revue en de réglementer strictement l'acquisition de terre à usage agricole.¹⁹²³ La globalité de la protection serait un vain mot si les pays d'accueils de l'investissement ne procèdent pas à durcir le cadre relatif à l'environnement concernant certains grands investissements étrangers.

B : Le durcissement du cadre juridique relatif à l'environnement pour les grands investissements

L'environnement est une dimension essentielle de la protection globale des investissements. Cela passe par l'instauration du principe de précaution pour les investissements importants (1), mais aussi par la généralisation des études d'impact environnemental (2).

1) L'instauration du principe de précaution

892. L'investissement étranger-sa protection et son traitement en Afrique de l'ouest- ne peut plus se passer de la conditionnalité environnementale. La précaution environnementale est motivée par plusieurs conséquences négatives de pratiques d'investissement et de catastrophes écologiques¹⁹²⁴ et la nécessité de préserver, la nature, les ressources et les personnes de l'effet néfaste des mauvais investissements. La volonté et la nécessité d'instaurer un tel principe obéissent à un souci de prévention des États d'accueil contre certaines pratiques d'investissements éventuellement néfastes et dommageables sur l'environnement. Raison pour laquelle, son instauration s'impose pour certaines catégories d'investissement comme les investissements miniers intégrés-qui combine l'exploitation minière, la mise en place de logistique y afférente : chemins de fer et port en eaux

¹⁹²² Voir Principe 7 « *Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires* » de la FAO du 15 octobre 2014 op. cit.

¹⁹²³ Cela doit commencer par l'interdiction de vente des terres déjà occupées et cultivées par les populations. Que les procédures de vente ou de bail ne concernent que les terres pas occupées et surtout réglementer les conditions de travail, de mise en valeur du produit et surtout la nature des infrastructures qui y seront construites. Le problème des investissements agricoles est étroitement corrélé à la souveraineté alimentaire et à la lutte contre la pauvreté. Voir les auteurs qui ont évoqué ces questions Ndiaye (A) « La réforme des régimes fonciers au Sénégal : condition de l'éradication de la pauvreté rurale et de la souveraineté alimentaire » pp.93-120 in « *Réponses radicales aux crises agraires et rurales africaines Agriculture paysanne, démocratisation des sociétés rurales et souveraineté alimentaire* » Sd de Bernard F-Tchuigoua Abdourahmane Ndiaye éd. CODESRIA 2012 ; voir aussi « Delta intérieur du Niger : un gage majeur de la souveraineté alimentaire pour le Mali et la CEDEAO » pp.121-168 Ibid

¹⁹²⁴ Voir Bonnioux (F.) & Rainelli (P.) « *Catastrophe écologique et dommages économiques Problèmes d'évaluation à partir de l'Amoco-Cadiz* », Paris, éd.économica, 199 ; voir aussi Mbengue Moise M. « *Essai sur une théorie du risque en droit international public L'anticipation du risque environnemental et sanitaire* », Paris, éd. A. Pedone, 2009, p. 159

profondes¹⁹²⁵, les investissements portant sur les grandes infrastructures complexes¹⁹²⁶ et ceux portant sur les ventes ou location d'immenses domaines agricoles.¹⁹²⁷

893. La prise en compte de la précaution environnementale participe à la nécessaire globalité de la protection des investissements étrangers. Raison pour laquelle, beaucoup l'adoptent et le consacrent dans leur droit positif : « Avant le début de tous travaux de réalisation, l'entreprise agréée est tenue de soumettre son projet à une étude d'impact environnemental et social sous peine de nullité de l'agrément.. »¹⁹²⁸. La précaution environnementale en matière d'investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest interdit la gestion de l'environnement par le bas. C'est ce que semble traduire le Code panafricain d'investissements qui dispose : « *Les États membres veillent à ce que leurs législations et réglementations assurent la protection de l'environnement. A cet égard, les États membres s'engagent à ne pas encourager l'investissement en assouplissant ou en renonçant à la législation nationale en matière d'environnement. Si un État membre considère qu'un autre État membre a encouragé un tel assouplissement ou dérogation, il peut le consulter afin d'éviter un tel encouragement.* »¹⁹²⁹

894. Le concept de précaution a fini par être au cœur des pratiques d'investissements des entreprises. Les Nations Unies dans le cadre du recentrage sur les questions sociales et environnementales en vue d'atteindre l'objectif du développement durable et la prise en compte de la fragilité de l'écosystème planétaire semble prendre en compte l'aspect précaution en vue de mieux préserver l'environnement. La Déclaration de Rio sur l'environnement semble acquiescer le principe lorsque le Principe 15 stipule : « *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.* »¹⁹³⁰

895. La précaution sur les questions environnementales relatives aux investissements étrangers dans les pays d'Afrique doit être la norme sur les grands projets de développement structurant. Par ce que ces projets d'investissements ont des impacts socio- économiques et environnementaux certains. Autant faire en sorte que ces impacts puissent être positifs sur la nature et le développement durable. Comme l'Afrique est la dernière partie du monde en

¹⁹²⁵ Voir l'exemple de la Guinée avec le plus grand projet minier sur le continent « Simandou » Décret D/2012/108/PRG/SGG portant « *Déclaration du projet d'intérêt national pour la construction du chemin de fer minier et du port en eaux profondes liés au transport et à l'évaluation des minerais de fer de Simandou sud* »

¹⁹²⁶ Voir Ganem Henri-(P.) « *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux Grands projets Mines/énergie/métallurgie/infrastructures* », Bruxelles, éd. Bruylant, 1998

¹⁹²⁷ La régulation des acquisitions doivent aller de pair avec la « précaution environnementale et des investissements responsables », voir Jacquemot (P.) « Les acquisitions foncières à grande échelle en Afrique : réalités et conséquences », pp.35-61 in « *L'Afrique face aux pays émergents vers des relations renouvelées* », Sd de Gilles Ferréol, Paris, éd. L'harmattan & EME éd., 2017, p.43

¹⁹²⁸ Voir article 27 de la Loi N°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali

¹⁹²⁹ Voir Commission de l'UA Département des Affaires économiques Code panafricain d'investissements projet, décembre 2016 article 37 précédemment cité [https://au-int/sites/default/files/documents\(32844-doc-projet_Code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf](https://au-int/sites/default/files/documents(32844-doc-projet_Code_panafricain_dinvestissements_decembre_2016.pdf)

¹⁹³⁰ Voir Principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement

réserve de développement et surtout de croissance, il faudra que l'accueil et la protection des investissements directs étrangers ne se fassent pas au détriment des normes sociales et environnementales.

896. En effet, ce qu'il faut éviter avec ce principe, c'est d'en faire une systématisation stricte au point de retarder ou paralyser certains dossiers d'investissement pourtant cruciaux au regard de leurs impacts socio économiques. Le principe s'impose dans certains grands investissements, mais toute généralisation risque d'atténuer son efficacité. Parce que c'est un principe en *construction bref un concept en mal d'identification qui a un contenu incertain, de nature et de portée controversées, mais dont la normativité est souhaitable*¹⁹³¹. La précaution environnementale sur certains investissements comme rappelée s'impose, notamment sur les pratiques d'investissement ayant des incidences et impacts socioculturel¹⁹³² et sur la santé publique. Néanmoins, cette précaution doit être circonscrite, afin de ne pas contrarier les pratiques commerciales et d'investissements. C'est le sens de *l'affaire du bœuf aux hormones, qui a opposé les Etats-Unis à l'Europe à la fin des années 1990, porte directement sur une mesure sanitaire européenne qui a finalement été jugée contraire à l'accord Sur les Mesures sanitaires et phytosanitaires.* »¹⁹³³ La pression des activités des entreprises étrangères dans les pays en développement et surtout ceux d'Afrique de l'ouest est telle que la généralisation des études d'impacts s'impose dans certaines circonstances.

2) La généralisation des études d'impact environnemental dans certains cas

897. Les objectifs relatifs au développement durable, à la lutte contre le réchauffement climatique et la nécessité de préserver l'avenir de la planète contre certaines pratiques néfastes ne peuvent être atteints sans une attitude responsable des investisseurs étrangers (Grandes, petites entreprises et Etats) dans leurs modèles et pratiques d'affaires. Le facteur d'urgence et de nécessité doivent pousser les États d'accueils d'Afrique de l'ouest à accorder aux problématiques environnementales toute l'attention qu'elles méritent. C'est la raison pour laquelle, les études d'impacts doivent être consacrées et autorisées dans certains cas d'investissement. Certains modèles de protection étatiques nationaux consacrent et prévoient la nécessité d'une étude d'impact sur le plan environnemental avant le démarrage de

¹⁹³¹ Voir Lucchini (L) « Le principe de précaution en droit international de l'environnement : ombres plus que lumière », AFDI 1999 pp.710-73 ; aussi sur la même problématique voir « Le principe de précaution en droit international : étude d'un mode conventionnel de gestion de l'incertitude scientifique » Cazala (J) Thèse de doctorat Droit public Sd de Charles Leben Paris II Assas en 2003

¹⁹³² Le texte communautaire le consacre ainsi dans son article 12 « *Les investisseurs, leurs investissements et les autorités de l'Etat d'accueil appliquent le principe de précaution à leur étude d'impact socio-culturel et environnemental. L'application du principe de précaution par les investisseurs et les investissements est décrite dans l'étude d'impact socio-culturel et environnemental qu'ils entreprennent* » voir article 12 al.3de 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 Fait à Abuja(Nigéria) le 19 décembre 2008 (article cité supra chapitre sur la Communautarisation de la protection)

¹⁹³³ Voir Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones),(1997), OMC Doc WT/DS/48/R (Rapport du Groupe spécial) ; Communautés européennes- Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)(1998), OMC Doc WT/DS48/AB/R(Rapport de l'Organe d'appel) (Bœuf aux hormones) cités par J-Maurice Arbour, S. Lavallée ,J. Sohnle , H. Trudeau « *Droit international de l'environnement* –Tome 2 Montréal, éd. Anthémis s.a 2016 p.1073

l'investissement. Le Code des investissements par le biais de l'article 27(évoqué supra chapitre sur les Codes d'investissements) dispose : « *Avant le début de tous travaux de réalisation, l'entreprise agréée est tenue de soumettre son projet à une étude d'impact environnemental et social sous peine de nullité de l'agrément conformément à la législation et à la réglementation en vigueur.* »¹⁹³⁴

898. La protection globale des investissements étrangers exige et intègre la notion d'étude d'impact sur le plan environnemental. Cette étude peut être un préalable avant toute implantation d'un investisseur étranger ayant un grand projet. Ce préalable est non seulement adopté dans le cadre communautaire, mais mieux le texte communautaire va plus loin en exigeant une publicité éventuelle des résultats de tels études : « *Les investisseurs ou investissements publient les résultats de l'étude d'impact socioculturel et environnemental et les mettent à la disposition de la collectivité locale et des intérêts affectés dans l'Etat d'accueil dans lequel l'investissement doit être réalisé. Ces diligences sont effectuées avant la réalisation complète des mesures prises par l'Etat d'accueil pour prescrire les formalités d'établissement d'un investissement.* »¹⁹³⁵ La diligence en matière d'étude d'impact d'un éventuel projet structurant d'investissement international doit servir à rendre la globalité de la protection plus réelle et surtout rendre l'investissement beaucoup plus responsable et efficace.

899. Par conséquent, elle doit obéir à une procédure, des modalités et une démarche pour ne pas constituer un obstacle de plus à un environnement juridique stable et prévisible. Pour cela, il faut classer les types d'investissements étrangers en fonction du risque environnemental qu'ils présentent : 1- si certains grands investissements extractifs, agricoles, industriels et infrastructurels présente un risque environnemental global au point que d'après les études les inconvénients sur l'environnement et la durabilité sont plus nombreux que les avantages espérés, l'autorité politique peut décider de son abandon, de sa suspension provisoire ou de la poursuite des études sous d'autres formes pour espérer minimiser les risques. Dans ces genres d'investissement l'étude d'impact doit être systématique. 2 certains formes d'investissements importants et moyens, là les autorités du pays d'accueil peuvent décider en fonction des arbitrages entre les avantages et les risques éventuels sur l'environnement pour décider de sa poursuite ou non.

900. Ici, l'étude peut être une option. 3- C'est le cas des projets d'investissements de petites tailles qui ne présentent pas de risque environnemental sérieux. Là, les autorités ne sont pas tenues de procéder à une étude des impacts environnementaux. Vu l'importance actuelle et surtout future qu'ont les investissements directs étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest, l'heure est venue de composer et de prendre réellement en compte la donne environnementale, surtout dans un monde où le défi climatique interpelle plus que jamais. Dans un environnement des investissements étrangers d'une région comme l'Afrique de l'ouest, la protection pleine et entière ne peut obtenue que par un objectif ultime qu'est la nécessité de la constitutionnalisation de la transformation des ressources extractive sur place.

¹⁹³⁴ Voir Loi n°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali art.27

¹⁹³⁵ Voir article 12 al.2 op cit. p.59 voir plus large (chapitre communautarisation de la protection supra)

C : La nécessaire constitutionnalisation de la transformation des matières premières sur place

Les pays d'Afrique de l'ouest ont toujours cherché l'industrialisation par le biais des investissements étrangers. C'est la raison pour laquelle, la recherche d'un nouveau type de protection de l'investissement étranger passe la mise en place de façon progressive du principe de constitutionnalisation des ressources naturelles en Afrique de l'ouest dans l'avenir (1), la faisabilité juridique pour une protection globale des investissements (2).

1) Un principe d'avenir pour les IDE portant sur les ressources naturelles en Afrique de l'Ouest

901. L'exploitation responsable des matières premières doit être la priorité des priorités. Certains pays d'Afrique de l'ouest l'ont consacré dans leurs textes constitutionnels.¹⁹³⁶ L'enjeu est de plus en plus la tendance à consacrer l'exploitation ou un début d'exploitation sur place des ressources naturelles. Le droit communautaire régional aussi mentionne cette nécessité à moyen et long terme d'une industrialisation par le biais de la transformation interne des ressources.¹⁹³⁷ Le principe qui consiste pour les pays en développement à revendiquer dans leur partenariat avec les entreprises étrangères la transformation sur place des ressources extractives pour créer de la valeur ajoutée n'est pas nouveau.¹⁹³⁸ En effet, les modalités de cette revendication pour l'industrialisation varient en une demande de transfert de technologie¹⁹³⁹ la promotion des contrats de livraison d'usine clés en main¹⁹⁴⁰ et les contrats de service. Les options qui ont été expérimentées ici étaient celle d'une époque où les thèses volontaristes et progressistes ont montrées toutes leurs limites quant l'efficacité et l'opérationnalité sur le terrain.¹⁹⁴¹

902. Néanmoins, dans un contexte tout à fait nouveau marqué par une forte convoitise économique et commerciale, les pays d'Afrique de l'ouest doivent et peuvent se permettre d'aller un peu plus loin dans leur volonté de valorisation des ressources extractives locales à

¹⁹³⁶ Les ressources naturelles sont considérées comme un bien commun appartenant au peuple « *Les richesses et leurs ressources naturelles appartiennent au peuple. Elles sont utilisées pour l'amélioration de ses conditions de vie* » art.14 Constitution de Burkina Faso adoptée par le Référendum du 02 juin 1991

¹⁹³⁷ Voir article 31 Traité révisé de la CEDEAO Fait à Cotonou le 24 juillet 1993

¹⁹³⁸ Voir la revendication à l'ONU de l'instauration d'un NOEI de la part des pays en développement et des africains en particulier : N-U Résolution 1803(XVII), « *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles* » Adoptée le 14 décembre 1962

¹⁹³⁹ Voir Bennouna (M.) « *Droit international du développement Tiers monde et interpellation du droit international* », Paris, éd. Berger-Levrault, 1983 ; Voir les textes internes relatifs aux IDE à l'instar de celui de la Guinée dont l'article 23 dispose : « *l'investisseur à la qualification du personnel national et favorise le transfert de technologies. Il fait recours prioritairement à des fournisseurs et sous-traitants nationaux* » Loi L/2015/N°008/AN du 25 mai 2015 ; voir aussi article 29 « *Transfert de technologie* » Projet de Code Panafricain d'investissement Commission de l'UA Département des affaires économiques, décembre 2016

¹⁹⁴⁰ Voir Kahn (P.) « Les contrats internationaux de coopération industrielle, l'équivalence des prestations », in « *la coopération industrielle et le nouvel ordre économique international* », Paris, éd. PUF, 1980 ; voir Kahn (P.) « *Coopération industrielle et co-financements internationaux, complexe petrochimique du Rio-Grande do sul* », Nice, 17-19 juin 1982

¹⁹⁴¹ Voir « La mise en valeur internationale des ressources minières africaines : les difficultés de l'option volontaristes » Natingar Mbainissen Thèse pour le doctorat de droit Sd de Charles Leben Université de Dijon 1992

moyen ou long terme. Cela passe dans un contexte nouveau et assez favorable d'inscrire dans la loi fondamentale des pays- en l'espèce la Constitution- le principe de la transformation sur place des matières premières locales. Le principe constitutionnel de transformation sur place des ressources s'impose objectivement parce qu'il s'inscrit dans l'avenir des investissements étrangers en Afrique de l'ouest qui nécessite une globalité de la protection. La consécration constitutionnelle du principe ne va pas et ne doit pas aller à l'encontre des règles, principes et pratiques internationalement consacrées et admises en matière de traitement et de protection des investissements et des investisseurs étrangers.

903. En effet, le sens du principe est de redonner une nouvelle perspective d'espoir de l'Afrique à travers ses ressources naturelles abondantes dont la capacité technologique et institutionnelle pour leur transformation a toujours fait défaut. De même, loin d'être conflictuel et menaçant pour la sécurité juridique des investisseurs et des entreprises sur place et éventuels, un tel principe doit et pourra servir de tremplin pour des relations gagnant-gagnant. Ainsi dans le cadre d'un partenariat d'un type nouveau et rénové, le principe jouera un rôle de catalyseur pour un renouveau économique. En vue d'éviter les pièges du passé du fait de l'option radicale et du volontarisme poussés, la constitutionnalisation de la transformation sur place des ressources naturelles, forestières et agricoles se fera une grande possibilité d'aménagement et de liberté donnée aux acteurs des investissements particulièrement l'entreprise étrangère ou le contractant de l'Etat d'accueil. Celui-ci ne se voit pas imposer vaille que vaille de contribuer immédiatement à apporter un contenu local. Mais le principe peut s'atténuer- en fonction de divers critères comme l'emplacement géographique sur le territoire, l'existence des infrastructures, l'approvisionnement énergétique et la qualification des ressources humaines locales. C'est en fonction de la disponibilité d'une partie de ces considérations que le principe pourra être opérationnel et donner la pleine mesure de ses effets en vue de l'industrialisation tant souhaité des pays d'Afrique de l'ouest.

904. La constitutionnalisation du principe doit consister, pour son contenu, à la consacrer dans les lois fondamentales des pays d'Afrique, mais sa traduction complète doit se faire de façon détaillée dans les instruments juridiques internes généraux que sont les Codes des investissements ou spéciaux que sont les Codes miniers, pétroliers ou les nouvelles lois spéciales sur les partenariats public privés PPP. Quoi qu'il en soit ce principe est à créer et consacrer constitutionnellement puisque l'Afrique regorge de ressources naturelles inexplorées ou exportées à l'état brut sans transformation aucune, ce qui cause un manque à gagner immense. Par conséquent, dans une optique de rééquilibrer les modèles et pratiques d'investissement et de commerce, les pays d'Afrique de l'ouest gagneraient de façon collective de mettre sur pied un tel principe non pas en vue de forcer les firmes étrangères à transformer les matières premières, mais ce sera dans une volonté de leur faire participer à la chaîne des valeurs de l'industrie au niveau international, mais surtout c'est un moyen d'occuper la frange jeune de la population africaine dont l'accroissement inquiète et rasure à

la fois.¹⁹⁴² La possibilité de sa création ne va pas sans éclaircir les modalités de la faisabilité juridique pour une protection globale de l'investissement étranger.

2) La faisabilité juridique pour une protection globale

905. Dans le contexte de la montée de la préoccupation environnementale¹⁹⁴³ et sociale, de la concurrence farouche des réglementations relatives aux investissements étrangers et la révolution des TIC et du transport, il n'est plus nécessaire ni d'ailleurs opérationnel de revendiquer un modèle juridique unique de transformation des matières premières dans les pays d'Afrique de l'ouest- fait de l'industrie lourde, polluante et néfaste à l'environnement¹⁹⁴⁴. Ce modèle d'industrialisation par le haut doit céder la place à un modèle d'industrialisation par le bas. C'est-à-dire, désormais, dans un processus de mondialisation, un pays ne peut se permettre de tout construire, se suffire seul ou s'industrialiser en maîtrisant toute la technologie requise et le savoir-faire. Il faut, dans la mesure du possible, se spécialiser en participant à la chaîne des valeurs au niveau international en se concentrant sur ce qu'on sait faire le mieux. Par conséquent, les textes nationaux et régionaux doivent s'y atteler à moyen et long terme. En effet, la rénovation ou la révision des cadres juridiques relatifs aux investissements étrangers doit s'atteler à une expérimentation de l'industrialisation par le bas. Ce modèle doit prendre en compte les forces et richesses des pays ouest africains et s'inspirer de ce qui a réussi ailleurs (mise en place d'un cadre juridique et institutionnel solide et efficace, adaptation de la technologie étrangère aux conditions locales et mise en place d'un modèle de recherche-développement financé et opérationnel).

906. Le modèle par le bas doit prendre en compte la transformation des matières premières, l'industrialisation à travers de zones spéciales sectorielle. Il peut s'agir de zones spécialisées dans les nouvelles technologies, mettre l'accent et profiter du dynamisme de la jeunesse à travers le financement, le développement et l'agrandissement des Start up pour réussir la transition numérique. De même, la faisabilité juridique de ce modèle de transformation par le

¹⁹⁴² Accroissement démographique selon l'ONU est exponentiel en Effet, la population africaine fera une évolution constante en millions passant en « 2017 à 1.256 ; en 2030 1.704 ; en 2050 à 2.528 ; en 2100 4.468 » voir Département of economic and social affairs Population Division(2017) UN World population prospects « Key findings and advance tables UN- NY, 2017, 53p. p.1 https://esa.un.org/unpd/wpp/publications/files/WPP2017_keyfindings.pdf

¹⁹⁴³ Voir le développement du droit international de l'environnement à travers l'adoption régulière de Conventions et Déclarations internationales : « Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement » Conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement (Rio du 3 au 14 juin 1992) ; Convention –Cadre des Nations-Unies du 9 mai 1992 sur les changements climatiques ; Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 à la Convention –Cadre sur les changements climatiques ; Déclaration finale de Rio +20 de 2012 « L'Avenir que nous voulons » ; Accord de Paris du 12 décembre 2015 sur le Climat. Pour aller plus loin, voir la doctrine internationaliste : SFDI Colloque d'Aix-en-Provence « *Le droit international face aux enjeux environnementaux* », Paris, éd. A. Peonde 2010

¹⁹⁴⁴ Les Conventions internationales pertinentes relatives à l'environnement, « tenant en compte de la responsabilité commune mais différenciées » des Etats, invitent ces derniers à se « Préoccupées par le fait que l'activité humaine a augmenté sensiblement les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère, que cette augmentation renforce l'effet de serre naturel et qu'il en résultera en moyenne un réchauffement supplémentaire de la surface terrestre et de l'atmosphère, ce dont risque de souffrir les écosystème naturels et l'humanité » Voir Préambule de la Convention-Cadre des Nations-Unies du 9 mai 1992 sur les changements climatiques

bas doit consister à la fabrication des produits locaux avec une technologie acquise et adaptée aux conditions locales. La faisabilité juridique opérationnelle de la transformation sur place des matières premières ne doit non plus se focaliser sur l'obsession de la fabrication de produits industriels hors de portée- technologiques et savoir faire-, mais elle doit se traduire par la fabrication ou la participation à la fabrication d'un élément ou composants qui vont dans la fabrication d'un article, biens industriels etc. Elle part du principe qu'un pays ne peut fabriquer tout. L'objectif de cette voie, qui doit se faire en partenariat avec les investisseurs étrangers tout en les protégeant juridiquement, est réalisable juridiquement à moyen et surtout long terme.

907. En effet, l'Afrique ne peut plus se contenter de fournir des matières premières hier l'Europe et aujourd'hui l'Asie. Il est temps que les cadres juridiques soient revus- dans un élan communautaire- dans le cadre d'une nouvelle démarche visant à insérer la possibilité de transformer certaines ressources extractives stratégiques sur place. Le modèle de constitutionnalisation s'inscrit dans le contexte de globalité de la protection et des apports réciproques : les pays d'Afrique de l'ouest apportent et mettent sur la balance leurs matières premières et les pays avancés anciens et nouveaux et les entreprises étrangères leurs savoirs-faire, technologie et puissance logistique. Ainsi ce « nouveau » mariage peut permettre de réussir ce modèle qui est gagnant-gagnant. Néanmoins, la mise en place d'une telle modalités exige deux préalables : la création d'écoles d'ingénierie et d'instituts de formation et de R &D et la création de sociétés d'état ou des privés pour la concrétisation à moyen et surtout long terme. Parce que ce ne sont pas des choses ou des pratiques qu'on réussit du jour au lendemain. Ça prendre le temps qu'il faut qu'avec les ratées, les couacs pour aboutir un jour à une politique qui donne des résultats. De même, dans le même cadre, les pays d'Afrique de l'ouest, dans le cadre collectif, peuvent expérimenter l'industrialisation par le début de transformation non pas entièrement, mais d'un pourcentage du produit sur le plan local avant son utilisation ou exportation. Cela s'inscrit dans la nouvelle division internationale du travail et des processus de production à travers un partenariat d'un type nouveau et rénové où un pays ne peut prétendre tout fabriquer maîtriser ou faire lui-même. Par conséquent, l'industrialisation par la participation inscrit l'investissement étranger dans un contexte nouveau, où l'investisseur ne sera plus frileux de transférer certaines technologies et les États d'atténuer la discrimination afin que la protection plus globale.

D : La nécessité de la mise en place d'une Agence africaine de garantie des investissements contre les risques

Devant un environnement juridique africain toujours perçu comme éminemment risqué- malgré les efforts réguliers des pouvoirs publics de ces pays- le moment est venu de penser à la mise en place d'une telle structure pour sécuriser davantage les investissements étrangers. En vue de l'utilisation de l'outil assurantiel contre la perception élevée du risque (1) ; en vue d'en faire un instrument de coopération et promotion des investissements pour le développement (2) ; et en vue de renforcer et de faciliter les investissements intra et extra africains (3).

1) En vue de l'utilisation de l'outil assurantiel contre la perception élevée du risque

908. La dimension sécuritaire perçue dans sa globalité- au plan juridique, politique et financier- est essentielle pour obtenir un environnement juridique attractif, non discriminatoire et dynamique. C'est ce qui a toujours manqué dans une zone économique comme l'Afrique de l'ouest¹⁹⁴⁵. Cela est dû sans doute à la perception élevée-souvent exagérée à tort du risque politique¹⁹⁴⁶. Le résultat de tout cela aura été un déficit d'image dont les pays d'Afrique pâtissent jusque maintenant aux yeux de la communauté des investisseurs. C'est la raison pour laquelle, l'outil assurantiel -contre les risques non commerciaux en matière d'investissement à l'étranger- qui a toujours un instrument des pays développés émetteurs d'investissements pour soutenir leurs entreprises, doit être à moyen et long terme créé et expérimenté par les pays d'Afrique de l'ouest. En effet, non seulement, c'est un moyen de diminution considérable de la perception du risque dont ces pays font l'objet, mais mieux c'est un instrument de promotion de la sûreté des pratiques d'investissement dans une région d'Afrique qui ne l'a pas été la plupart du temps. Cet outil sécuritaire qu'est l'assurance d'investissement ne doit plus être un monopole des pays traditionnellement exportateurs de capitaux, même les grands pays du Sud nouveaux investisseurs en Afrique¹⁹⁴⁷ y sont souscrits et procèdent à la garantie de leurs propres entreprises contre les risques non commerciaux dans des environnements compliqués comme ceux d'Afrique de l'ouest.

909. De même que les grands pays intra africains (l'Afrique du Sud¹⁹⁴⁸ et le Royaume du Maroc)¹⁹⁴⁹ créent leurs propres structures pour la couverture de risques en vue de mieux

¹⁹⁴⁵ même si les États d'Afrique de l'ouest ont procédé à l'établissement de nouveaux textes attractifs garantissant- « la liberté d'entreprendre dans le cadre des lois et règlements » art.17 Constitution du Burkina Faso adoptée par le Référendum du 02 juin 1991- l'application des textes relatifs aux IDE est d'une qualité assez médiocre du fait de la tradition « d'autoritarisme des administrations, l'incompétence et la prégnance des pratiques corruptrices assez fréquentes sur les questions touchant les investissements dans les pays de la sous-région. La conséquence c'est la dégradation de la sécurité juridique de l'environnement des investissements

¹⁹⁴⁶ L'Afrique de l'Afrique de l'ouest est une zone marquée par une conflictualité (zone sahélienne) élevée et composée de pays post conflits (Libéria- 1989-1994 ; Sierra Leone 1995-2002 ; Cote d'Ivoire 2002-2010 ; Guinée Bissau 1998-2002 ; Mali 2014-2016). L'autre facteur causal est constitué par les Changements anticonstitutionnels de gouvernement voir à propos Ndulo (M.) « L'interdiction des changements anticonstitutionnels de gouvernement » pp.223-242 in « *L'UA Cadre juridique et institutionnel Manuel sur L'Organisation panfricaine* », Paris, éd. A. Pedone, 2013. Toutefois, le principe qui consistait à ne voir à l'Afrique qu'une zone belligène et de conflit civil a été remplacé par un néo principe où les dynamique de paix et de stabilité l'emporte sur les dynamiques conflictogènes et d'instabilité institutionnelle.

¹⁹⁴⁷ Voir « L'Afrique face aux pays émergents : vers des relations renouvelées ? » Actes du colloque international organisé par l'ESCA Ecole de Management de Casablanca le 1^{er} décembre 2016, Sd de Gilles Ferréol, Paris aux éd. L'harmattan & EME éditions, 2017

¹⁹⁴⁸ A l'instar de l'Afrique du Sud(2^e puissance économique de l'Afrique) avec une économie diversifiée avec une base industrielle assez importante et diversifiée et des structures bancaires et assurantielles sans communes mesures avec ce qui se fait habituellement sur le reste de l'Afrique. La structure qui s'occupe de la Garantie des investissements contre les risques est l'Export crédit insurance Corporation of South Africa Limited(ECIC). Actuellement, dans le cadre de l'accompagnement de la projection des firmes sud africaines en Afrique, elle a un prgramme de coopération entre « *South Africa trade and investment Programme (SATTIP) du programme de coopération entre Afrexim bank* » la banque africaine d'import export (Afrexim bank) et l'Agence sud africaine d'assurance contre les risques « *Export crédit insurance Corporation of South Africa Limited(ECIC)* vise la promotion et l'expansion en matière commerciale et d'investissement des compagnies sud africaines dans les autres pays africains pour un montant d'1 milliards de dollars » voir https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/files/WPP2017_keyfindings.pdf consulté le 29 juin 2018

accompagner la projection de leurs entreprises et investisseurs dans cette partie du continent. C'est une façon d'essayer à terme de renverser les rôles, puisque beaucoup d'investisseurs- malgré les immenses opportunités économiques et commerciales- hésitent à s'implanter sur les marchés africains. Ils ne le font qu'accompagner d'une couverture contre les différents risques juridiques et politiques dont ces pays concentrent. Pour mieux faire la promotion d'un meilleur environnement sécurisant contre les risques juridiques, politiques et financiers, les pays de cette partie de l'Afrique se doivent de mettre en commun leurs moyens- juridiques et financiers- en vue de la protection opérationnelle des investissements étrangers et africains contre les pratiques liées au fait du prince, des conflits civils et des discriminations envers les entreprises étrangères. Cela passe par la mise en place d'une Agence communautaire au sein de la CEDEAO : l'Agence ouest africaine de garantie des investissements contre les risques (AAGIR¹⁹⁵⁰).

910. Une telle structure aura pour mission de garantir prioritairement les entreprises communautaires de la zone, mais participera dans la mesure du possible aux projets d'investissements ficelés par des États ou des entreprises étrangères en vue de s'implanter dans un/des pays d'Afrique de l'ouest. Elle sera un instrument juridique et une institution opérationnelle de prévention des risques et surtout de promotion pratique des investissements étrangers et communautaires. Elle sera aussi un instrument qui accompagnera et assistera dans la mesure du possible les entreprises de la zone à s'implanter dans d'autres pays de la zone ou extra zone, mais toujours en Afrique. Enfin, une Agence ouest africaine de garantie contre les risques en matière d'investissement traduit aussi la conformité de pays comme ceux d'Afrique aux meilleures pratiques internationales en matière de prévention des risques- pays contre les IDE.

911. L'outil assurantiel est le meilleur baromètre pour la promotion réussie pour l'effectivité de l'attractivité, car malgré les campagnes massives de promotion de la destination Afrique par les Agences nationales de promotion de différents pays africains, les investisseurs étrangers- à tort ou à raison, à tort souvent à notre avis- hésitent à mettre leurs capitaux et savoir-faire dans ces pays craignant pour la sécurité juridique de leurs capitaux. Néanmoins, un tel outil contre les risques est un moyen important de renforcer la coopération et la promotion des investissements pour le développement.

2) En vue d'en faire un instrument de coopération et de promotion des investissements pour le développement

912. Les nombreux auteurs qui ont écrit sur les risques politiques dans les pays en développement perçoivent leur couverture comme un moyen d'assurer une plus grande

¹⁹⁴⁹ « L'Afrique subsaharienne représente 90% des investissements marocains à l'étranger avec 64% pour l'Afrique de l'ouest » le Maroc a véritablement peaufiné sa stratégie africaine avec les services (banques, assurances), l'immobilier et le phosphate avec l'Office Chérifienne des phosphates OCP <https://Int.ma/investissements-marocains-a-letranger-90-lafrique>

¹⁹⁵⁰ L'Agence sera une structure dont le capital souscrit fixé par les États membres de la CEDEAO au prorata de leur puissance et importance économiques au sein de la Zone, ce qui veut dire qu'un pays comme le Nigéria- la plus grande économie de la zone et pays le plus peuplé 176 millions d'habitants en 2017- sera majoritaire, suivi du Ghana, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal ainsi de suite

coopération au développement.¹⁹⁵¹ En effet, l'assurance risque contre les investissements peut être motivée par la volonté d'un groupe d'Etats de mettre en commun leurs moyens et stratégies en vue d'avoir un environnement plus sécurisant pour les affaires, mais aussi assurer une promotion régionale ou interrégionale des investissements comme le cas dans le monde Arabe de la CIAGI.¹⁹⁵² La solidarité par une plus grande coopération au développement dans le domaine des investissements étrangers et communautaires, les pays d'Afrique de l'ouest en ont urgemment besoins. Ce besoin renforcé de coopération a même été en partie à l'origine de l'AMGI dont le préambule stipule : « *Considérant qu'il est nécessaire de renforcer la coopération internationale pour stimuler le développement économique et d'encourager le rôle joué dans ce développement par les investissements étrangers en général et les investissements privés en particulier.* »¹⁹⁵³

913. La vision d'en faire un instrument et un organe supplémentaire pour renforcer la protection juridique des investissements milite en faveur de la protection globale consistant à choisir les investissements à garantir. C'est-à-dire concrètement, l'Agence doit se focaliser sur les projets d'investissements -portés par les États de la sous région où mieux par des privés africains ou en collaboration avec d'autres- ayant un fort impact socio économique et de dimension transfrontalière.¹⁹⁵⁴ C'est ainsi que dans la cadre de sa Charte ou traité, l'Agence fera une reprise du concept d'investissement admissible imaginé et consacré par le traité de l'AMGI.¹⁹⁵⁵ En matière d'assurance investissement, la complexité des facteurs de risques et du montage financier font qu'il faut une mutualisation des moyens d'intervention et de couverture en vue de la réussite de la garantie. Raison pour laquelle, la structure africaine doit servir de complément à ce qui existe c'est-à-dire les autres Agences au niveau des pays développés et au niveau universel par le biais de l'AMGI.¹⁹⁵⁶ En fait, la structure sera au-delà d'un simple mécanisme d'assurance risque, elle conservera cette orientation prioritaire, mais mieux, elle doit servir comme stimulant à l'investissement dans la sous région.

914. Comme le note d'ailleurs Ibrahim. F. I. Shihata à propos de l'AMGI au moment de sa naissance lorsqu'il dit que la structure internationale : « *ne sera pas simplement un mécanisme d'assurance. Elle cherchera également à stabiliser et améliorer le climat de l'investissement dans ses États membres en développement et à stimuler ainsi les flux d'investissements vers*

¹⁹⁵¹ Voir Marois (B.) « *Le Risque pays* », Paris, éd. PUF, 1990 p. 76-89 ; Schlumberger (B.) « *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)* », Thèse de doctorat publié éd. Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 1993 ; voir aussi Gerald T. West & Ethel I. Terazona « *MIGA and foreign direct investment : evaluating development impacts* », BM 1998, 86p. ; « *Gestion des risques internationaux* » SD de Chaigneau (P.), Paris, éd. Economica, 2001

¹⁹⁵² Traité du CIAGI au Koweït, voir aussi Horchani (F.) « *LA Compagnie Interarabe pour la garantie de l'investissement CIAGI* » Thèse Université de Dijon 1980

¹⁹⁵³ Voir Préambule de la Convention Portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements(AMGI) signé à Séoul le 11 octobre 1985

¹⁹⁵⁴ Voir la notion d'investissement transfrontalier Acte additionnel de la CEDEAO

¹⁹⁵⁵ Voir article 12 traité de l'AMGI supra

¹⁹⁵⁶ Cette structure prévoit cela par le biais de la technique de la coassurance, voir art. 19 « *relations avec d'autres organismes nationaux et régionaux* », art.20 « *Reassurance d'organismes nationaux et régionaux* » Convention portant création de l'AMGI conclue à Séoul le 11 octobre 1985

ces pays. »¹⁹⁵⁷ La protection globale des investissements ne peut se passer d'une conception des investissements étrangers et communautaires qui privilégient la garantie des investissements ayant un impact positif sur le vécu du citoyen communautaire et faisant l'objet d'un consensus fort entre pays de la communauté ouest africaine. Par conséquent, la vision solidariste en matière de garantie et de prévention des risques non commerciaux ne peuvent être qu'une voie vers un développement commune et partagé de pays qui ont de potentialités de ressources immenses et jusqu'ici peu explorées. Car la coopération pour le développement- en matière d'investissement, de commerce et de financement de projet d'investissement- ne s'est fait qu'à des niveaux bilatéraux et de pays africains avec l'extérieur, et non l'inverse, c'est-à-dire des pays africains de l'ouest qui prennent la résolution d'explorer leurs potentialités économiques à travers les investissements étrangers. Ceci doit être changé désormais pour une volonté de coopérer pour le développement au niveau intra régional et ceci passe par une existence réelle doublée d'une efficacité de la garantie des risques d'investissements. De même une plus grande couverture des risques non commerciaux ne peut que servir à renforcer et faciliter juridiquement les investissements intra et extra africains.

3) En vue de renforcer et faciliter les investissements intra et extra africains

915. Un instrument juridique de couverture des risques en vue de faciliter les investissements étrangers, mais surtout intra africains ne peut qu'être bénéfique pour les pays de la CEDEAO qui ont beaucoup de projets d'investissement non financés à cause des insuffisances des garanties qu'ils présentent, mais aussi l'environnement politique et institutionnel qui les entourent. Néanmoins, en toute chose, le démarrage est le plus difficile surtout dans le domaine des investissements. Cela part du proverbe africain qui dit « pour mieux espérer qu'ont te fasse confiance, il faut que tu te fasses confiance toi-même ». Cela ne peut commencer que quand les africains (personne physique et personne morale) commence à investir sur leur propre continent massivement quelques soient les moyens, avant que les autres suivent le processus.¹⁹⁵⁸ Une structure de garantie contre les risques non commerciaux peut non seulement servir de catalyseur pour sécuriser les détenteurs de capitaux africains- personnes physiques et morales de plus en plus nombreuses dans les pays d'Afrique de l'ouest- pour leur accompagner et faciliter juridiquement leurs investissements.

916. De même, comme les investissements la plupart du temps ont des relents politiques où les considérations de diplomatie économique ne sont pas absentes, la structure permettra que les investissements et les investisseurs étrangers et communautaires de ne se focaliser que le volet juridique et économique. En vue de mettre en parallèle avec une structure universelle qui lors de sa création a tout fait pour ne pas se mêler de politique dans ses différentes interventions quant on sait- pour des raisons évidentes, les investissements réalisés dans les pays en développement particulièrement ceux d'Afrique de l'ouest sont parfois non dénués de considérations politiques. Il souligne à propos : « *Les questions relatives à l'investissement*

¹⁹⁵⁷ Voir Shihata (Ib.) « L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements(AMGI) », AFDI-1987 pp.601-613, p. 611

¹⁹⁵⁸ A l'image de la Diaspora Asiatique éparpillée dans les autres pays qui ont été le moteur de la croissance du développement et du dynamisme de cette partie du monde à travers leurs investissements.

*étranger mettent souvent en jeu les intérêts politiques des pays d'accueil et des pays d'origine, d'où la politisation fréquente des différends. La création de l'A.M.G.I. vise à éviter cet écueil et à garantir qu'ils seront réglés uniquement sur la base de critères juridiques économiques. La Convention interdit expressément à l'Agence toute immixtion dans les affaires politiques des États membres. »*¹⁹⁵⁹ La garantie contre les risques non commerciaux instrument par excellence de couverture contre les pratiques politiques néfastes servira à dépolitiser les pratiques d'investissements dans les pays de la sous région africaine. En d'autres termes, la mise ne place d'une telle structure sécuritaire constituera un signal fort adressé à la communauté des investisseurs et ce, au niveau international, mais aussi et souvent communautaire pour leur exhorter de prendre en marche des investissements directs étrangers actuels et futurs dans une zone en plein renouveau comme l'Afrique de l'ouest.

¹⁹⁵⁹ Voir SHihata (IB.) p.611 et s. op. Précité p. 68 Voir infra chapitre 2 de la première partie étude spéciale sur la garantie AMGI

Conclusion du Chapitre 2

917. Prenant conscience de l'importance de l'accueil et de la protection toujours sans cesse accrue des investissements étrangers, les pays de la sous région africaine innovent par l'adoption de nouvelles techniques et instruments juridiques dans un contexte où la protection fait face à de nouveaux enjeux. Cette volonté de modernisation et de renforcement pour plus d'efficacité du modèle de protection juridique est illustrée par l'adoption des nouveaux instruments juridiques que sont les partenariats public/privé (PPP). L'environnement juridique des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest est caractérisé par des risques très élevés. Cela se traduit concrètement par la fréquence de l'incertitude juridique, politique et financière. La perception élevée du risque politique a participé à la dégradation de l'image de l'Afrique comme destination privilégiée des investissements et des investisseurs étrangers. Par conséquent, l'adoption de cet instrument nouveau a permis de rendre plus souple la pratique des grands investissements dans des domaines nouveaux et surtout de diminuer considérablement la perception élevée du risque en Afrique de l'ouest.

918. Néanmoins, les PPP présentent beaucoup d'avantages sur la facilité et la perception positive des pratiques et de la promotion des investissements en Afrique. Il y a cependant un autre facteur moins reluisant qu'est le risque de recourir à cet instrument comme modalité d'investissement (risque d'endettement réel). C'est la raison pour laquelle, en vue de la protection globale des investissements étrangers, il faut que les pays d'accueil pensent à la conditionnalité du recours aux PPP qui ne doivent concerner que certaines formes d'investissement complexes. Le contexte africain consacre un modèle de protection où les défis sont certes immenses. C'est la raison pour laquelle, le rééquilibrage s'impose sur le plan de la protection notamment en faveur des pays d'accueil. Dans ce contexte, l'autre approche pour atteindre la protection globale c'est l'approche patrimoniale qui consiste à la promotion des investissements socialement responsables (ISR) et le durcissement du cadre juridique environnemental relatif aux grands investissements qui ont un très grand impact économique, social et écologique. Les PPP et les nouveaux enjeux et défis liés à la protection marquent la volonté d'incitation des réglementations d'investissement. Toutefois, le législateur doit tenir compte, dans le cadre de ces nouveaux investissements très prisés en Afrique de l'ouest (infrastructures et énergie), de la cherté de ces formes d'investissement et leur durée longue. Ceci a souvent comme conséquence, le renforcement de la protection unilatérale de l'investisseur au détriment de la nécessaire protection globale de l'investissement.

Conclusion du Titre 4

919. Tout environnement juridique des investissements étrangers exige une réciprocité des droits et des obligations de la part des acteurs, États comme investisseurs étrangers. La particularité du modèle de protection des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest, est qu'elle fait intervenir plusieurs acteurs internes et surtout externes. Comme les pays de cette partie de l'Afrique ont toujours été perçus à tort souvent par la communauté des investisseurs étrangers comme des pays éminemment risqués où les capitaux ne sont guère sécurisés sur le plan juridique. Ce qui justifie l'implication souvent importante des Institutions financières internationales, c'est que la plupart du temps, les pays d'Afrique ne sont pas capables de mettre sur du pied des lois et en assurer l'exécution démocratique de la part des administrations publiques.

920. L'environnement juridique des investissements est conforme sur le plan théorique aux normes et pratiques internationales, mais c'est l'application médiocre et souvent discriminatoire qui dégrade le climat juridique sécuritaire. Comme la protection des investissements étrangers a été marquée par les incitations et adaptations aux circonstances nouvelles, les États d'Afrique s'ouvrent davantage en vue d'un traitement plus conforme aux meilleures pratiques sécuritaires. Le Groupe de la Banque qui joue par ailleurs le rôle de premier prêteur et financeurs de projets de développement en Afrique, est au cœur de ce processus de transformation réglementaire. En effet, l'Organisation de Bretton Woods joue le rôle de structure globale de conseil en matière de protection des investissements étrangers dans la sous région, mais aussi une structure de mesure et d'évaluation des performances des réglementations par le biais de l'indice Doing Business. Le rôle d'assistance n'est pas un monopole de la Banque Mondiale en matière de protection des investissements. Une autre institution panafricaine de financement du développement en l'occurrence la Banque africaine de développement (BAD) intervient par le biais de la facilité africaine de soutien juridique (AFSJ) qui est un mécanisme permettant une assistance des États membres de la Banque (les pays membres régionaux PMR) dans la négociation de contrats complexes portant sur les ressources naturelles. Au niveau interne, la nouvelle protection consiste au niveau national à mettre sur pied les structures spéciales chargées du traitement des investissements étrangers dans sa dimension administrative (octroie d'agréments, suivi post investissement).

921. Le cas de l'Agence de promotion des investissements et des grands travaux (APIX) du Sénégal et un aperçu sur les pratiques des Agences dans les autres pays d'Afrique de l'ouest et contribue à donner plus d'informations sur la réalité de la protection fournie par ces néo structures spéciales. La globalité est une dimension essentielle de la protection des investissements. L'environnement juridique des investissements étrangers est évolutif en Afrique de l'ouest, ce qui a poussé son adaptation sans cesse par la mise en place d'un nouveau cadre législatif et réglementaire pour promouvoir de nouveau type d'investissements. Une meilleure protection globale des investissements nécessite la prise en compte des nouveaux enjeux et défis comme le rééquilibrage de la protection en faveur des États d'accueil, et surtout la nécessité aussi d'une approche patrimoniale nouvelle dans les régimes juridiques de l'investissement étranger. Un tel modèle de protection juridique ne peut se faire

sans une approche globale et réelle des droits et des obligations entre les États d'accueil et les investisseurs étrangers.

Conclusion de la deuxième partie

922. S'il y a un domaine où la pratique de la souveraineté des Etats est très limitée, c'est bel et bien le domaine des investissements étrangers. En effet, si en amont les pays d'accueil d'Afrique de l'ouest ont leurs prérogatives d'accueillir ou non, de protéger les IDE, en aval il faut dire que cette souveraineté n'est pas toujours opératoire en ce sens que le déséquilibre des intérêts et des enjeux énormes fait que les investisseurs étrangers parviennent à minimiser leurs obligations et devoirs envers les Etats. Dans les pays d'Afrique de l'ouest, l'investissement étranger fait intervenir plusieurs acteurs : cela se traduit par l'émergence de la protection institutionnalisée (au niveau national, communautaire et surtout international) et des nouvelles techniques nationales d'attraction. L'incitation, l'attractivité et la sécurisation se sont traduites par la volonté manifeste d'harmonisation de la protection substantielle des investissements et l'émergence de nouveaux acteurs et cadres institutionnels et de protection de l'investissement étranger.

923. Concrètement, la protection de l'investissement s'est traduite ici par l'irruption du droit communautaire dérivé à travers les instruments généraux et les instruments sectoriels. La protection communautaire présente une grande nouveauté en ce sens qu'elle est le résultat de la balance entre les droits nationaux et le droit international des investissements. Elle a jeté les bases de la protection globale de l'investissement étranger, c'est-à-dire qu'il doit se traduire par la défense des intérêts majeurs et légitimes, sans pour autant léser les investisseurs étrangers sur la nécessité absolue de la sécurité juridique de leurs investissements.

924. La protection de l'investissement est le résultat de l'incitation attractive et de l'implication des Organisations internationales économiques dans le façonnement des règles relatives à la protection des investissements étrangers. Dans le cadre de l'Afrique de l'ouest, la protection juridique de l'investissement étranger se traduit par le rôle important et crucial d'une Organisation internationale comme le Groupe de la Banque mondiale. Cette institution internationale joue à la fois le rôle de pionnier, étant une structure globale et d'évaluation de la sécurité juridique et de la promotion des investissements. La perspective de la protection dans des pays comme ceux d'Afrique de l'ouest a toujours été la recherche de stratégie pour diminuer les risques juridiques. Elle se traduit par l'adoption de nouvelles techniques juridiques et l'émergence de nouveaux enjeux et défis liés à la protection. Dans ce contexte, il y a la pratique de nouveaux investissements comme les Partenariats publics et privés. De même, la recherche de la globalité de la protection pose les défis, enjeux et perspectives de la protection de l'investissement dans le contexte spécifique des pays d'Afrique de l'ouest.

Conclusion Générale

925. Le cadre législatif et réglementaire mis en place par les pays d'Afrique de l'ouest pour la protection des investissements étrangers (codes des investissements, codes sectoriels mines et énergie, TBI signés, traités et droit dérivé de la CEDEAO sur les investissements et adhésion aux instruments multilatéraux sectoriels de garantie et d'arbitrage) montre que ces derniers ont fait le choix de l'incitation, de l'attractivité et de l'ouverture aux capitaux et entreprises extérieurs. La pratique des investissements à travers le volet juridique et institutionnel montre que les pays de la sous région ont octroyé beaucoup d'avantages et de facilités aux investisseurs étrangers. La sous région de l'Afrique de l'ouest présente d'immenses atouts, de possibilités et de potentialités économiques à même de frémir tout pays exportateurs de capitaux, tout investisseur potentiel. Le choix de protection adopté par les gouvernements de ces pays a consisté dans les différents instruments juridiques l'octroie d'avantages, de principes et de normes de sécurité en conformité avec les meilleures pratiques au plan international.

926. De même, cette protection substantielle a pour enjeu, vu le contexte spécifique de ces pays, de lutter contre l'image traditionnellement dégradant de l'Afrique aux yeux des investisseurs étrangers. Ceci s'est traduit par la perception élevée des risques juridiques et politiques qui a fini de marginaliser et d'ignorer la destination africaine aux yeux des investisseurs étrangers qui lui ont traditionnellement préféré d'autres régions du monde en développement. L'autre dimension de la protection que les pays d'Afrique ont abondamment privilégiée dans leurs pratiques de la protection a été celle-là procédurale. Elle s'est traduite par le dessaisissement des juridictions internes des pays d'accueil au profit de la procédure d'arbitrage. Ainsi, ils ont consacré la possibilité de recourir à la procédure d'arbitrage pour régler les différends au plan institutionnel avec l'arbitrage Etat/investisseur initié dans le cadre de la Convention de Washington de 1965 créant le CIRDI et l'arbitrage ad hoc cour d'arbitrage de la CCI de Paris, Cour d'arbitrage de Stockholm et la Cour d'arbitrage de Londres. L'arbitrage est considéré dans l'entendement de ces pays comme un instrument de protection et de garantie. Il est considéré comme une pratique de règlement des litiges condition sine qua non pour l'implantation des investisseurs étrangers, dans la mesure où l'évolution des pratiques d'investissement n'a pas fait disparaître la méfiance traditionnelle que les investisseurs étrangers éprouvent vis-à-vis des administrations publiques et surtout de la justice étatique du pays d'accueil.

927. Le modèle de protection consacré par les pays d'Afrique de l'ouest a certes eu son importance, mais ce modèle a vécu. En effet, elle a consacré et promu une pratique de la protection unilatérale et souvent très en faveur des intérêts des investisseurs étrangers et par conséquent au détriment des intérêts des pays d'accueil. Raison pour laquelle, dans le cadre d'une vision nouvelle de la protection, celle-ci doit viser une conception globale de la sécurité. C'est-à-dire désormais, il faut une autre façon de protéger l'investisseur et les investissements étrangers.

928. Dans le cadre du nouveau contexte (marqué par une pluralité d'acteurs émetteurs d'investissements en Afrique de l'ouest) et la nécessité du renouveau de la protection, ces

deux points exigent que les pays de l'Afrique de l'ouest consacrent et prônent une nouvelle façon de faire par rapport aux investissements. Ceci doit passer par la consécration au niveau régional des coentreprises comme instrument et technique d'implantation. Désormais, à moyen terme, le cadre législatif et réglementaire relatif aux investissements étrangers doit s'atteler à cette procédure qui est la norme et la normalité ailleurs. A long terme, cette modalité de pratiques des affaires ne pourra plus être écartée par les investisseurs.

929. L'investissement étranger est la rencontre de deux espérances : les États d'accueil qui veulent valoriser leurs ressources naturelles, dynamiser leurs secteurs économiques, créer des emplois et avoir des rentrées fiscales ; alors que les investisseurs étrangers veulent augmenter leurs marges, faire des bénéfices, conquérir les marchés et gagner en réputation et en avance par rapport à la concurrence ; raison pour laquelle, dans ce nouveau contexte, la globalité veut que les États ouest africains mettent sur la table leurs abondantes ressources, et les investisseurs étrangers apportent leurs capitaux et savoir faire en vue de prévoir à terme une forme d'investissement conduisant à l'industrialisation. Le cadre juridique de la protection ne peut continuellement ignorer la nécessité de l'industrialisation et du contenu local surtout dans le contexte où l'Afrique est la dernière partie du monde en réserve de développement. La protection de l'investissement quelle qu'elle soit doit s'inscrire dans une optique collective et en rang serré, puisque les dossiers d'investissement sont complexes dans leurs différents aspects, et les États d'Afrique pris isolément ne peuvent pas bien négocier et défendre leurs intérêts. Ce qui doit pousser à une plus grande coopération et d'échange d'information en matière de suivi de contrats complexes et la gestion des impacts environnementaux.

930. Le domaine environnemental est un domaine crucial. Il est une dimension essentielle de la protection. Il n'est plus question de sacrifier les règles et normes environnementales sous l'autel de l'attractivité et de la promotion des investissements étrangers, comme dès fois c'est le cas. Le facteur environnemental doit être au cœur des stratégies d'investissement. Notamment en ce qui concerne la nécessité des études d'impacts sur les grands projets d'investissement, l'adoption du principe de précaution au cas où les inconvénients du projet d'investissement sont plus importants que les avantages.

931. La protection doit s'atteler aussi à moyen et long terme à encourager et faire la promotion des investissements intra-CEDEAO et intra- africains. Ce modèle de protection juridique par l'encouragement des investissements africains - l'Afrique investit en Afrique - serait une bonne chose et permettrait d'atténuer la perception du risque et de contrer ainsi l'image souvent négative de l'Afrique de l'ouest aux yeux de la communauté des investisseurs étrangers.

932. La dimension règlement des différends est une donnée importante et intéressante à ne pas négliger dans la pratique des investissements actuels, mais surtout futurs. Il est évident que dans une future proche, l'Afrique sera une destination majeure des investissements étrangers. D'où la nécessité impérieuse de mettre sur pied dans le cadre continental ou sous régional : la création d'une structure arbitrale africaine comme la Cour africaine d'arbitrage investissement (CAII) ou un Centre africain de règlement des différends relatifs aux investissements (CARDI). Ces structures loin de concurrencer les grandes structures

existantes à travers le monde et dans certains pays avancés de l'OCDE, serviront à compléter les centres existants. Puisque l'Afrique est une zone d'avenir des IDE, et qui dit protection des investissements dit instauration d'un système de règlement des différends (pas qu'institutionnel ou ad hoc situé dans les pays exportateurs de capitaux) à moyen terme dans une sous région comme l'Afrique de l'ouest où la pratique de l'arbitrage Etat/investisseur n'est pas encore dans les mœurs juridictionnelles. La recherche de la protection globale et sécuritaire des investissements ne voudrait que les pays de la sous région procèdent à une évaluation régulière des lois générales et sectorielles portant sur les investissements étrangers. Cela doit être fait dans le souci de voir ce qui a marché et ce qui ne l'est pas sur le plan de la protection tout en respectant les intérêts légitimes des investisseurs et détenteurs de capitaux.

933. L'évaluation aura aussi pour objectif l'amélioration de la qualité d'exécution des lois par les administrations publiques, la prise en compte des intérêts de l'Etat et la non discrimination de tout investisseur (étrangers comme ressortissants communautaires) en matière de traitement et de suivi des dossiers d'investissements. En matière d'IDE (promotion- protection) les choses ne sont jamais figées. Autrement dit, un avantage acquis ou octroyé peut être remis en cause. D'où le développement de certains phénomènes comme la restrictivité des investissements étrangers en lieu et place de l'attractivité dans le cadre du repli national face à une mondialisation de certains pays avancés. Ces derniers ont tendance à durcir l'environnement juridique des investissements afin de protéger leurs actifs (technologie sensible et propriété intellectuelle) contre certaines formes d'investissement. L'Afrique de l'ouest peut bénéficier du mouvement des IDE dans le monde : cela passe par l'atténuation du risque sécuritaire à travers l'adoption de textes avec une visée globale qui consiste à prendre les intérêts légitimes de tous les acteurs particulièrement les États d'accueil. Cela passe aussi par l'exploration davantage de nouveaux foyers ou zones émettrices d'investissements et enfin, le développement de plus en plus important de capacités africaines dans certains pays et dans la diaspora exige l'organisation, l'assistance et la promotion des IDE intra africains. Ce droit des investissements plutôt déséquilibré, doit se réinventer à travers la nécessité de principes nouveaux, une globalité plus inclusive et surtout la protection du bien commun universel dans le contexte spécifique des pays d'Afrique de l'ouest. Les IDE-bien menés-peuvent participer considérablement au décollage africain comme ce fut le cas dans certaines régions du monde, mais cela exige outre un bon environnement juridique, une stabilité politique et institutionnelle et une maîtrise du risque, la défense des intérêts majeurs légitimes des Etats comme jamais auparavant. Le droit international des investissements est à la recherche de principes nouveaux pour mieux prendre en compte la globalité et la légitimité des intérêts en présence, surtout dans un contexte de dégradation environnementale, de protectionnisme juridique en puissance où des pays tels que ceux d'Afrique devraient désormais se livrer- dans un environnement marqué par de fortes convoitises- à un équilibre déliquat avec leurs partenaires extérieurs en vue de défendre et de sauvegarder leurs intérêts surtout dans une Afrique marquée un accroissement démographique sans précédent.

Références Bibliographiques

I) Ouvrages généraux :

ABI SAAB GEORGES M. The Role of law in the Process of development, in Nader/ Zahlan (eds), science and technology in developing countries, Cambridge, University press, 1968.

ASAMOAH OBED Y. The legal significance of the declarations of the general assembly of the United Nations. The Hague, martinus Nijhoff, 1966.

APOSTOLIDIS (CH.) « Doctrines juridiques et droit international critique de la connaissance juridique », Paris, éd. Eyrolles, 1991

BACHAD (R.) Sd « Théorie critique et droit international », Bruxelles, éd. Bruylant, 2013

BASTID (P). « Les traités dans la vie internationale ». Paris, éd.Economica, 1985

BEN ACHOUR (R.) Evolution des modes de décisions dans les organisations internationales. CNUDST., Tunis 1986.

BEDJAOUI (M.) « Droit international Bilan et perspectives », Tome 1, Paris, éd. Pedone-Unesco, 1991

BEDJAOUI (M.) « Droit international Bilan et perspectives », Tome 2, Paris, éd. Pedone-Unesco, 1991

BECHILLON (De) D. « Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives », Paris, Economica, 1996.

BECART (A.), « Intégration et développement : bilan et perspectives de la zone franc en Afrique », Paris, éd. L'harmattan, 1997

BENNOUNA (M), « Droit international du développement. Tiers monde et interpellation du droit international » , Paris éd. Berger Levrault, 1983

BEURIER P.-J., « Droit international de l'environnement », Paris, Ed Pédone 4^e ed. 2010 578p

BENCHIKH M (MR). Charvinet et DE Michel (F). « Introduction critique au droit international », Collection critique. Paris, éd. PUF.1986.

BENCHIKH (M.) Mélanges en l'honneur « Droit, liberté, paix, développement », Paris, éd. A. Pedone, 2011

BLAISE (J.B.). Droit des Affaires. 2^e édition, Paris, éd. LGDG 2000.

BLAUD (M). La pensée économique. 5^eédition, Paris, éd Economica 1986.

BLARDONE (G.) « progrès économique dans le Tiers-monde : l'environnement socio-politique du développement ». Paris, Librairie social et économique, 1972.

BOILLOT J. (J.), DEMBINSKI (S.), « La Chine, l'Inde et l'Afrique feront le monde de demain », Paris, éd. Odile Jacob, 2014.

BOULOIS (J) & Chevalier (RM). « Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes ». Tome1, 6 ème édition Dalloz 1984.

BLUMANN(C. « La Fonction Législative Communautaire ». Paris, éd. L.G.D.J, 1995.

BROWNLIE, IAN. “Principe of Public International Law”. Oxford, Clarendon Press, 3e éd, 1979.

BOURETZ (P). « La Force Obligatoire du droit, panorama des débats contemporains », Paris Esprit, 1992.

BOS H. CORNELIS, SANDERS MARTIN, SECCHI CARLO. “Private foreign investment in developing countries: A quantitative study on the evaluation of the macro-économique effects”. Netherlands economic institute, Dordret (etc), reidel, 1974

BUIRETTE-MAURU (P.) « La Participation du Tiers Monde à l'élaboration du Droit International », Paris, éd. L.G.D.J., 1983.

BIPOUM WOUM, (J-M), « Le droit international africain », Paris, Tome V, éd.LGDJ, 1970

BYE (M) & DESTANNE DE BERNIS (G). « Relations Economiques Internationales ». 4é ed Dalloz 1977.

CAHIN (G.) « La Coutume Internationale et les Organisations Internationales, l'Incidence de la dimension Institutionnelle sur le Processus coutumier ». 2e édition, Paris, éd. Pédone, 2001.

CALVO (C.) « Le Droit International théorique et pratique ». 5éme édition, Paris 1896.

CARREAU (D). « Droit International ». 3^e édition Paris éd. Pédone, 1991.

CARREAU (D) et Marella (F). « Droit International » Ed pédone Paris 2012 11^e edition 702p

CARREAU (D). « Souveraineté et Coopération Monétaire Internationale ». Paris, éd. Edition Cujas 1970.

CABANIS (A.) Martin (L.M.) « Les Constitutions d'Afrique francophones.Evolutions récentes », Paris, éd. Karthala, 1999.

CLANTILLON (S). « Droit des Affaires Internationales ». 3éme édition Belgique 2002.

CAPPELLETI (M.) « Le Pouvoir du Juge ». Paris éd. Economica, 1990.

CARBONNIER (J.) « Théorie des Obligations ». Paris éd. PUF 1963.

CARREAU (M). « L'Intégration des Pays Andins ». Paris éd Economica, 1981.

CARREAU (D.) et JUILLARD (P.) « Droit International Economique » 2^e edition Paris Dalloz 2005.718p

CARREAU (D.) et JUILLARD P Droit International Economique 3^e edition Paris Dalloz 2007.744p

CARREAU (D.) et JUILLARD (P.) « Droit International Economique », 4^e edition, Paris dalloz 2010.

CARTOU L. CLERGERIE (J-L). Gruber A. et Rambaud P. « L'Union Européenne ». 5^{ème} édition, Paris ,Dalloz, 2004.

CHARLIE (R-E). « L'Etat et son Droit, leur logique et leurs inconséquences ». Paris, Economica 1984

CHARPENTIER (J). « Institutions Internationales ». 15^{ème} édition, Paris, éd.Dalloz ; 2002.

CHARVIN (R.) « Relations Internationales, Droit et Mondialisations. Un Monde à Sens Unique ». Ed L'Harmattan Paris 2000.

CHEMAIN (R) & PELLET (A) (SD). La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ? Pédone 2006.

CHEMILLIER-GENDREAU (M.) « Humanité et Souverainetés, essai sur la fonction du Droit International ». ed la Découverte Paris 1995.

COLLIARD (C-A.) « Institutions des Relations Internationales ». 8 éditions, Paris, ed Dalloz 1985.

COMBACAU (J.) Le « Droit des Traités ». éd. PUF «Que sais-je ?»Paris 1991.

COMBACAU (J.) et SUR (S.) « Droit International Public ». 6^{ème} edition Montchrestien Paris 2004.

CONAC (G.) « Dynamiques et Finalités des Droits Africains » acte du Colloque de la Sorbonne « la Vie du Droit en Afrique ». ed economica 49, Rue Héricel, 75 Paris.

CORTEN (O.) et Klein (P.) « Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités, Commentaire article par article », Bruxelles, ed Bruylant 2006.

COT J-P et Pellet A et Forteau M (SD). « La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article », Paris, ed Economica, 2005.

CISSOKHO (S.M.), « Un combat pour l'unité de l'Afrique de l'ouest : la Fédération du Mali, Dakar, éd. NEAS, 2005

- DAILLIER (P.) et PELLET (A.) « Droit International Public », Paris, éd. LGDJ 2002.
- DAVID (E.) et Van Assche (C.) « Code de Droit International Public ». 6^e édition à jour au 1^{er} janvier 2016, Bruxelles, éd. Bruylant 2016.
- DECAUX (E.) « Droit International Public », Paris, éd Dalloz, 1993.
- DECAUX (E.) « La Réciprocité en Droit International ». Paris, ed LGDJ 1980.
- DELUPUS INGRID “Finance and protection of investments in developing countries; Epping” (Essex), gower press, 1973.
- DELCOURT (L.), “La Chine en Afrique, menace ou opportunité pour le développement? Points de vue du Sud, Centre tricontinental, Paris, éd.Syllepse, 2011.
- DUBOS(O.), “Les juridictions nationales, juge communautaire”, Paris, éd. Dalloz, 2001
- DUBOIS (L.) Blumann (C.) Droit Matériel de l’Union Européenne. Paris, Ed Montchrestien, 2004
- DUPUY (P-M.) « Droit International Public ».Paris, éd Dalloz 2004.
- DUPUY R-J(SD) « Manuel sur les Organisations Internationales ». Ed. Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- DIOP ANTA (C.) « Les fondements économiques et culturels d’un État fédéral d’Afrique noire », Paris, éd. Présence africaine, 1974.
- DIOUF (M.) « Intégration économique, perspectives africaines », Dakar, éd. NEA, 1984.
- De VISCHER (CH) « Théorie et Réalités en Droit International Public », Paris, éd Pédone, 1960.
- FLAESCH-MOUGIN (C.) et LEBULLENGER J(SD). « Regards Croisés sur les Intégrations Régionales : Europe, Amérique, Afrique ». Bruxelles, éd Bruylant, 2010.
- GAVADA (C.) & Parleani (G.) « Traité de Droit Communautaire des Affaires ». 2^{ème} edition Litec Paris 1992.
- Guinée (parti démocratique de). « La planification économique (tome v) ». Conakry, imprimerie nationale, 1960
- GUILLARMOD (J.) « Droit Communautaire & Droit International Public ». Geneve, Ed Librairie de L’Université de Genève, 1979.
- GOLDSTEIN (A.), Pinand (N.), Reisen (H.) et Chen Xiabao « L’Essor de la Chine et de l’Inde Quels enjeux pour l’Afrique ? », Paris, OCDE, éditions OCDE, 2006.
- GONIDEC (P-F.) « Les Droits Africains : Evolutions et Sources » 2^{ème}, Paris, Ed. 1976.

GONIDEC (P.F.) « Les Organisations internationales africaines : étude comparative », Paris, éd. L'Harmattan, 1987.

GONIDEC (P.F.) « Les systèmes politiques africains », Paris, éd. LGDJ, 3^e édition, 1997.

HUGON (PH.) « Géopolitique de l'Afrique », 3^e édition, Paris, Ed SEDES 2012.

HEALEY (D.), « Les exportations japonaises de capitaux et le développement économique de l'Asie », Paris, éd. OCDE, 1991

HOFFMANN (S.) « Organisations Internationales & Pouvoirs Politiques des États », Paris, Ed A Collin 1954.

IBRIGA (L.M.), Saib Coulibaly (A. S.) Sanou (D.) « Le droit communautaire ouest africain », éd. Université de Ouagadougou, Presses africaines, 2008.

IBRIGA, (L.M) (Sd.) « Le partenariat Europe-Afrique et les intégrations régionales », Bruxelles, éd. Bruylant 2013

JACQUE (J-P), « Droit Institutionnel de l'Union Européenne », Paris, éd Dalloz 2001.

JACQUEMOT (P.) « Economie Politique de L'Afrique contemporaine (concepts, analyses, politiques » Paris, éd. A. Collin, 2013

KABOU (A.), « Et Si L'Afrique Refusait le Développement ? » Paris, Ed L'Harmattan 1991.

KAMTO (M.), « Le droit de l'environnement en Afrique », Paris, éd. Edicef/Aupelf édition, 1996.

KASSE (M.) « Intégration et partenariat en Afrique : de l'UEMOA au NEAPD », Paris, éd. Silex 2003.

KWAM KOUASSI (E.) « Organisations internationales africaines », Paris, éd. Berger Levraut, 1987

LARCON (P-J.) « Les Multinationales Chinoises », Paris, éd ESKA 2010.

LARDY (P.) « La Force Obligatoire des Traités en Droit Interne », Ed LGDJ 1966.

LEBEN (CH.) « Les Sanctions Privatives de Droits ou de Qualité dans les Organisations Internationales Spécialisées-Recherches sur les Sanctions Internationales et l'évolution du Droit des Gens », Bruxelles, éd Bruylant, 1979.

LEUPRECHT (P.) « Les Juridictions Internationales Complémentarité ou Concurrence », Bruxelles, éd Bruylant, 2005.

MERAL (PH.), Castellanet (Ch.), Lapeyre (Re.) Sd « La gestion concertée des ressources naturelles L'épreuve du temps ». Paris, éd. Gret-Karthala, 2008.

MAROIS (B.), « Le risque-pays », Paris, éd. PUF, 1990.

MBABIA (O.) & Wassoumi (F.), Sd. « La présence chinoise en Afrique francophone », Paris, éd. Monde global éditions nouvelles, 2016.

MENY (Y.), Dir. « Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet », Paris, éd. L'harmattan 1993.

MEYER (C.), « La Chine banquier du monde », Paris, éd. Fayard, 2014.

MOLINIER (J.) « Les Principes Fondateurs de l'Union Européenne », Paris, éd. PUF 2005.

NDOYE (D.), « Nouveau code des Sociétés annoté », éd. NEAS, 1994, 318p

NOUGARET-FAU (Ma.) « La Concurrence des Organisations régionales en Afrique », Paris, éd. L'harmattan, 2012.

PARRA A.R., "The scoop of new investment laws and international instruments in economic development, foreign investment and law", Pritchard éd, 1996.

PERRIN De BRICHAMBAUT M, DOBELLE J-F. D'HAUSSY M-R, « Leçons de Droit International Public », Paris, éd. Dalloz, 2002.

PESCATORE (P.), « Le Droit de l'Intégration : Emergence d'un Phénomène Nouveau dans les Relations Internationales Selon l'Expérience des Communauté Européennes », Bruxelles, éd Bruylant, 2005.

POIRAT (F.) « Le Traité, Acte Juridique International : Recherches sur le Traité International, comme mode Production et comme Produit », Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

RANJEVA (R.), « La succession d'Organisations internationales en Afrique », Paris, éd. Pedone 1978.

Reuter (P.) « Le Développement de l'Ordre Juridique International », Paris, éd Economica, 1995.

REUTER (P.) & COMBACAU (J.), « Institutions Economiques Internationales », Paris éd Bruylant, 2001.

Rey J-(J.) & DUTREY (J.) « Institutions Economiques Internationales », Paris, éd. Bruylant, 2001.

ROUSSEAU (CH.) « Principes Généraux du Droit International », Paris, éd Pédone, 1944.

ROUSSEAU (CH.) « Droit International Public » 11^{ème} édition, Paris, éd. Pédone 1987.

ROY M-(P.) « Les Systèmes Politiques du tiers –monde », Paris, Ed LGDJ 1977.

FABRI RUIZ (H.), SICILIANOS (A.) & SOREL J-(M.) (SD) « L'Effectivité des Organisations Internationales : Mécanismes de Suivi et Contrôle », Paris, éd Pédone 2008.

- SAAB ABI-(G.) « Le Concept d'Organisation Internationale », Paris, éd UNESCO, 1980.
- SCELLE (G.) « Théorie Juridique de la Révision des Traités », Paris éd Sirey I.U.H.E.I. 1936.
- SCHRAEPLER (H-A.) « Organisations Internationales et Européennes », Paris, éd. Economica, 1995.
- SCHWOB (J.) « Les Organes Intégrés de caractère bureaucratique dans les Organisations Internationales », Bruxelles, éd Bruylant, 1987.
- STERN-BOLLECKER (B.) Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale, Paris, éd. A. Pedone, 1973
- SINKONDO (M.) « Droit International Public », Ed Ellipse, Paris, éd. Marketing S.A 1999.
- TALL NOUROU (S.) « Droit des Organisations internationales africaines Théorie générale droit communautaire comparé droit de l'homme, paix et sécurité », Paris, éd. L'harmattan, 2015
- TENIER (J.) « Intégrations Régionales & Mondialisation », Paris, éd. La Documentation Françaises, 2003.
- TCHIGOUA-FOUNOU (B.) Ndiaye (AB.) Sd « Réponses radicales aux crises agraires et rurales africaines Agriculture paysanne, démocratisation des sociétés rurales et souveraineté alimentaire », Dakar, éd. Codesria, 2012.
- TOUSCOZ (J.) « Le Principe d'Effectivité dans l'Ordre International », Paris, éd LGDJ, 1964.
- VERHOEVEN (J.) « Droit International Public », Paris, éd Larcier, 2000.
- VIRALLY (M.) Mélanges « Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement », Paris, éd. A. Pedone, 1991
- DE VISSCHER (CH.), « Les effectivités du droit international public », Paris, éd. A. Pedone, 1967.
- WADE (AB.) « Un destin pour l'Afrique », Paris, éd. Michel Laffont, 2005
- WEMBOU DJIENA CYR-(M.) « Le Droit international dans un monde en mutation Essais écrits au fil des ans », Paris, éd. L'harmattan 2003
- WENGLER (W.) « Réflexions sur l'Application du Droit des Traités par les Tribunaux Internes », Paris, éd Pedone 1972
- ZOLLER (E.) « La Bonne Foi en Droit International Public », Paris Ed Pédone 1977.

II) : Ouvrages spéciaux :

AMBOULOU DIDACE (H.), « Le droit des investissements et l'analyse économique de l'espace OHADA », Paris, éd. L'harmattan, 2016.

AUDIT (Bernard.), « L'arbitrage transnational et les contrats d'Etats : Bilan et perspectives », Centre de d'études et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht, éd. Martinus Nijhoff publishers, 1987

AUSTIN (E.) T “protection of private property and Investments of foreign Abroad : foreign Investment laws of newly emerging nations”, in 12 howard law Journal(1966), pp. 270-284.

AMADIO (M.), « Le Contentieux International de L'Investissement Privé et la Convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965 ». Paris LGDJ, 1967.

ARES MATHIEU. & BOULANGER ERIC., Sd. « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales », Bruxelles, éd. Bruylant, 2012.

BACHMAN (H.) « La Politique de Déréglementation et de Promotion des Investissements Directs Etrangers en Afrique », compte-rendu de 6 ateliers LC96-1678, IMS research paper, World Bank, 1996.

BAETENS (F.), « Investment Law within international law integrationist perspectives, Cambridge University Press, 2013.

BANDOKI SERGE., « Le droit minier et pétrolier en Afrique », Paris, Edilivre-Aparis, Paris, 2008

BEGUIN JEAN PIERRE. « Les entreprises conjointes internationales dans les pays en développement : le régime des participations ». Geneve, Institut universitaire des hautes Etudes internationales, 1972.

BELANGER MICHEL, « Institutions Economiques Internationales : La Mondialisation Economique et ses limites », Paris, Ed Economica, 6ème édition refondue 1997, 218 P.

BETTEMS DENIS, « Les Contrats entre États et Entreprises étrangères ». Lausanne Ed Editions 1989.

BILLE-DOUMBE STEPHANE Sd. « Défis énergétiques et droit international », Bruxelles, éd. Larcier 2011

BOURRINET (J.) et Al, « Les Investissements Français dans le Tiers-Monde », Paris Ed Economica, 1984.

BOUYEUR (C.), « L'Investissement ». Que Sais-Je ? Paris, éd P.U.F 1993.

BRENSTEIN (R. W.) “Fiches de droit fiscal international”, 2e edition, Paris, éd.Ellipses editions S.A., 2011.

BONOMO (S.) “Les traits bilatéraux relatifs aux investissements entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats”, Presses Universitaires d’Aix-Marseille-PUAM-2012

CASSAN HERVE (SD), « Les Contrats Internationaux et Pays en voie de Développement », Paris, éd Economica, 1989.

CAFLISCHE L.C. « La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public ». La Haye, Martinus Nijhoff, 1969.

Chambre de Commerce Internationale. – Guidelines for Foreign investment (texte adopté unanimously by the council of the ICC, 29 novembre (1972). Brochure n°272

CHAALAL SAID AIT (M.), « Pays producteurs de pétrole et compagnies internationales », Lausanne, imprimerie de la Concorde, 1977

CANAL-SURET (JEAN.), « Afrique et capitaux, géographie des capitaux et des investissements en Afrique tropicale d’expression française », Paris, éd. L’arbre verdoyant Edition, 1987 Tome 2.

CAUSSE (H.) & Sinkondo (M.), « Le concept d’investissement Regards croisés des droits interne, international et communautaire », Bruxelles, éd. Bruylant, 2011

CASTAGNEDE (B.) « Précis de fiscalité internationale », 4^e édition mise à jour, Paris, éd. PUF, 2013.

CHARVIN (R) « L’Investissement International et le Droit au Développement », Paris, éd L’Harmattan 2002

CHARVIN (R.), « L’Algérie en mutation. Les Instruments Juridiques du passage à l’Economie de Marché ». Paris, éd. L’Harmattan, 2001.

CHERIAN JOY. « Investment Contracts and Arbitrations ». Leiden Sijthoff, 1975.

CUENDET-ROBERT (S.), “Droits de l’investisseur étranger et protection de l’environnement. Contribution à l’analyse de l’expropriation indirect”, Leiden, éd. Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

CUENDET-ROBERT (S.) “Droit des investissements internationaux Perspectives croisées “, SD Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

DAILLIER (P.), DE LA PRADELLE & GHERRARI (H.) (SD), Droit de l’Economie Internationale, Paris Ed Pédone CEDIN Nanterre Paris X, Paris 2004,

DELAUME, GEORGES (R.), “Legal Aspects of International Lending and Economic Development Financing”. Dobbs Ferry N.Y., Oceana Publ, 1967.

DELAUME GEORGES (R.), “Transnational Contracts”. Dobbs Ferry N.Y., Oceana Publ. 5 Vol., 1980.

DELUPIS INGRID, “Finance and Protection of Investment in Developing Countries Epping”, Gower Press, 1973.

DELEUZE MARIE-(J.), « Le contrat de processus de transfert de technologie, know-how », Paris, éd. Masson, 1982.

DUCCINI (R.), « Stratégie fiscal des contrats internationaux », Paris, éd. LexisNexis SA, 2006

DUHAMEL (G.), « Les paradis fiscaux » 3^e éd., Paris, éd. Grancher, 2002

DUPUY R-J (SD), « Le Nouvel Ordre Economique Internationale : Aspects Commerciaux, Technologiques et Culturels », La Haye Nijhoff, 1981.

DURAND-REVILLE (L.), « les investissements privés au service du tiers-Monde ». Paris, edition France-empire, 1970.

DICKE D. C., “Foreign Investment in the present and a New International Economic Order, Friburg University press, 1987

DOLZER R and Schreuer Ch. “Principles of international investment law” Seconde edition, OXFORD university press 2012.

DOUVIER (J. P.) “Droit fiscal dans les relations internationales”, Paris, éd. A. Pedone, 1996.

DOUGLAS (Z.), “The international law of investment claims”, Cambridge University Press, 2009.

DOUGLAS (Z.), “Cinq problématiques d’actualité en droit des investissements”, Paris, éd. A. Pedone, 2015.

EZE OSITA C., The Légal Status of foreign Investments in the East African Common Market. Leiden, Sijthoff, 1975.

FATOUROS A. A., Government Guarantees to Foreign Investors. New York Colombia University Press 1962

FRIEDMAN, (S.). L’Expropriation en Droit International Public. Le Caire, S.O.P. Press, 1950.

GAILLARD (E.), “La jurisprudence du CIRDI”, Paris, éd. A. Pedone, 2004

GAILLARD (E.) “ “La jurisprudence du CIRDI”, Paris, éd. A. Pedone, 2010

GANEM-HENRI (P.) “Sécurisation contractuelle des investissements internationaux Grands projets Mines/Energie/Metallurgie//Infrastructures”, Bruxelles, éd. Bruylant, 1998

FRIEDMAN WOLFGANG (G.) Pugh (R.C.), (ed), “Leagal Aspects of Foreign Investmen”. London, Stevens, 1959.

FOURET (J.) & KHAYAT (D.) « Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007) », Bruxelles, éd. Bruylant, 2009

HAMIDA BEN (W.) & COULEE (Fr.) Sd « Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse » Convergences and contradictions Between investment law and human right law a litigation approach », Paris, éd. A. Pedone, 2017.

HORCHANI (F.) (Dir), « Où va le droit international des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris, éd. Pedone 2006.

HORCHANI (F.) (dir.), « CIRDI 45 ans après Bilan d'un système » Actes du colloque de Tunis 11,12 et 13 mars 2010, Paris, éd. A. Pedone, 2011

HAQUANI (Z.) & SAUNIER (P.), « Droit International de l'Economie », Ed Ellipses Marketing SA Paris 2007.

KAHN (P.) & WALDE (TH.) (SD), « Les Aspects Nouveaux du Droit des Investissements Internationaux », Académie de Droit International de la Haye, Nijoff, Leiden 2007, XXXV, 1036 P.

KASSIS (A.), « Théorie Générale des Usages, Droit Comparé, Contrats et Arbitrages Internationaux », Paris, Ed LGDJ N° 782,1984.

KHALIL M. (S.) , « Le dirigisme et les contrats » ; Paris LGDJ, 1967

KAHN (PH.) Walde (T.W.) « Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/ new aspects of international investment law », Leiden Boston, éd. Martinus Nijhoff Publishers, 2007

KERNAISE MAVOUNGUOU (J.) « Privatisation, Management et Financement International des Firmes en Afrique », Paris-Montréal, Ed L'Harmattan, 1998, 272p.

KOULIBALY (M.), « Le Libéralisme, nouveau départ pour l'Afrique Noire », Paris, Ed L'Harmattan, 1992,

KESSEDJIAN (C.) & Leben (Ch.) « Le droit européen et l'investissement », Paris éd.LGDJ, Panthéon-Assas, 2009.

LAVIEC –P- (J.), « Protection et Promotion des Investissements : étude de Droit International Economique », Publication de l'IUHEI, Genève, P.U.F. 1985,331p.

LAURIOL (TH.) & RAYNAUD (E.), « Le droit pétrolier et minier en Afrique », Paris, éd.LGDJ éditions, Lextenso éditions, 2016.

LANKARANI (L.), « Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit du droit international », Bruxelles, éd. Bruylant, 2001.

LEBEN (CH.), (dir.), « Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements », Actes journée d'étude de l'IHEI de Paris II Panthéon-Assas, 3 mai 2004, éd. Artemis, 2006.

LEBEN (CH.), « La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux Aspects récents », Paris, éd. L.G.D.J. Anthemis s.a. 2010.

LEBOULANGER (PH.), « Les nationalisations en droit international privé comparé », Paris, éd. Economica, 1975.

LEBOULANGER (PH.) « Les contrats entre États et entreprises étrangères », Paris, éd. Economica, 1985

LEMESLE R-(M.), « La Convention de Lomé de 1975 à 1995 », Paris, CHEAM, 1995 191p.

LEROY (M.) Sd « Mondialisation et fiscalité La globalisation fiscale », Paris, éd. L'harmattan, 2006.

LILLICHE RICHARD (B.), "The Protection Of Foreign Investment-Six Procedural Studies". Syracuse University Press, 1965.

LILLICHE RICHARD (B.), "The Valuation of Nationalized Property in International Law". Charlottesville, University Press of Virginia, 3 Vol. 1972-1975.

MARCHANI (C.) Nord-Sud : « De l'Aide au Contrat », Paris, Ed Syros-Alternatives, 1991, 245p.

MARTY (F.), Voisin (A.) et Trosa (S.), « Les partenariats public-privé », Paris, éditions la Découverte, 2006.

MANCIAUX (S.), « Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres Etats, trente années d'activités du CIRDI », Paris, éd. Litec, 2004

MERON (TH.), "Investment Insurance in International Law" Dobbs Ferry N.Y., Oceana Publ. 1976.

MICHALET (C.A) « Investissement International et Dynamique de l'Economie Mondiale ». Ed Economica Paris 1990.

MONEBHURRUN (N.) « La fonction du développement dans le droit international des investissements », Paris, éd. L'harmattan, 2016.

NDIAYE (I.) « Les contrats de partenariat public-privé et le développement des infrastructures au Sénégal », Paris, éd. L'harmattan, 2015.

NDIAYE TAFSIR (M.), « Matières Premières et droit internationale », Dakar, éd. NEAS, 1992

NANTEUIL DE (A.) « Droit international de l'investissement », Paris, éd. A. Pedone 2014.

NANTEUIL DE (A.) « L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement », Paris, éd. A. Pedone, 2014.

NIANG (B.), « Le Régime Juridique et Fiscal du Code des investissements au Sénégal », Dakar éd. NEA.1976.

NADINE BRET-(R.) & Favennec Pierre-(J.), « Recherche et production du pétrole et du gaz : réserves, couts, contrats », Paris, éd. Technip, 2^e édition, 2011

NGUYEN PHU (D.) « La fiscalité internationale des entreprises », Paris, éd. Masson, 1985.

NIKIEMA H. S. « L'expropriation indirecte en droit international des investissements », Paris, éd. PUF, 2012

OSMAN (F.) « Vers une lex mediterranea des investissements », Bruxelles, éd. Bruylant, 2016

OSMAN (F.), « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Paris, éd. LexisNexis, 2017.

OMAN (CH.), « les nouvelles formes d'investissements dans industries des pays en développement », étude de l'OCDE, paris, Publications OCDE, 1989.

ONANA ONGUENE (E.), « La compétence en arbitrage international relatif aux investissements Les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI », Bruxelles, éd. Bruylant, 2012

PRESWERK ROY. « La Protection des Investissements privés dans les Traités Bilatéraux ». Zurich éd., Polygraphiques, 1963.

PELLET (A.) & SOREL (J-M.), « Le Droit International du Développement Social et Culturel », Ed LGDJ, Paris, 2000.

RAVALOSON HASINA (J.), « Le régime des investissements directs dans les zones franches d'exportation », Paris, éd. L'harmattan, 2004.

REINISCH (A.), « Recent development in international investment law », Paris, Pedone, IHEI de l'université Paris II Assas, cours et travaux N°12.

REINISCH (A.), « Standards of investment protection », London, éd. Oxford University press, 2008

SCHAEFFER (SD). « Relations entre Economies Industrialisées et Economies en Transition ou en développement : Aspects Institutionnels et Juridiques ». Bruxelles, éd Bruylant, Institut International de droit d'expression Française 1995 669p.

SCHAUFELBERGER (P.) « La Protection Juridique des Investissements Internationaux dans les Pays en Voie de Développement AMGI », Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993.

SARR YAYA (A.) « L'intégration juridique dans l'Union économique et monétaire ouest africaine(UEMOA) et dans l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique(OHADA) », Presses universitaires d'Aix-Marseille-PUAM-2008

SCHOKKAERT (J.), « La pratique conventionnelle en matière de protection des investissements internationaux : droit comparé, droit interne, conventions européennes », Bruxelles, éd. Bruylant, 2006.

SCHREUER (C.), « The ICSID Convention, a commentary », Cambridge University Press, 2001

SORNORAJAH (M.), « The international law of foreign Investment », 3^e édition, Cambridge, éd. Cambridge University press, 2010

STOPIONNI (E.), « La réparation dans le contentieux international de l'investissement Contribution à l'étude de la restitution in intégrum », Paris, éd. A. Pedone, 2014

SALL (AL.) « La justice de l'intégration Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de L'UEMOA » Deuxième édition revue, corrigée et augmentée, Dakar, éd. L'harmattan du Sénégal, 2018

SCHWARZENBERGER (G.) „International law as applied by International courts and tribunals”, London, Stevens and sons 1957.- Foreign Investments and International Law London, Stevens, 1969.

SEIDL HOHEN VELDERN I, “International Economic Law”, Dordrecht, Martinus Nijhoff Pub, 1989 276p.

SEIDL HOHEN VELDERN I. Collected essays on International Investments and International Organisations London, Kluwer Law International, 1998, 453p.

SHAH (A.) “Fiscal Incentives For Investments and Innovation”, Washington, New York, 1995.

SHIHATA (Ib.) “Multilateral Investment Guarantee Agency and foreign investment origins, operations, policies and basic Documents of the Multilateral investment guarantee Agency”Dordrecht, Boston- Lancaster, éd. Martinus Nyhoff Publishers, 1988.

SIORA (L.) Les Limitations Apportées à la Souveraineté des États par la Convention de BIRD du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres Etats, in : Investissements Etrangers et Arbitrage entre États et Ressortissants d'autres Etats. Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux de la Faculté de Droit de Dijon, 1969.

SORNARAJAH, (M.) “The International Law on Foreign Investment”, Ed Cambridge University Press 1994, XX 430p.

SOREL M (SD), « Le Droit International Economique à l'aube du XXI ème Siècle en hommage aux Professeurs D Carreau & P Juillard », Paris, éd. A. Pedone, 2009.

« Souveraineté Etatique & Marchés Internationaux à la Fin du 20ème Siècle A Propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn » Ed Litec-CREDIMI, Paris 2000.

THOMAS NIRMAL (J.) « Le contrôle fiscal des opérations internationales », Paris, éd. L'harmattan, 2004.

TERSEN (D.) & BRICOURT L.-(J.) « L'Investissement International » Ed A Collin Paris 1996,249p.

VERNA (G.) & DROUVOT (H.) « Réaliser des Projets dans le Tiers-Monde », Paris, 1993, 350p.

VINAY (B.), « Zone Franc et Coopération Monétaire », Paris, La Documentation Française, 1998, 463p.

WALDE (T. W.), “Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie”, Cours IHEI Paris II Assas, Paris, éd. Pedone, 2004

WALDE (T.W.), “The Energy Charter Treaty, an east-west gateway for investment and trade”, London/the Hague, Kluwer law international, 1996.

WEILER (T.),”International Investment law and Arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and customary international law, London Cameron May, 2005

WHITE, (G.), “Nationalisation of Foreign Property”. London, Stevens, 1961.

WHITMAN (M.), “Government Risk Sharing in Foreign Investment” , Princeton University press, 1965.

WORTLEY B.(A.) “Expropriation in Public International Law”. Cambridge University Press, 1959

III): Thèses:

AL –HAFID (H.), « contribution à l'étude des concessions pétrolières du Moyen-Orient », Thèse paris 1959.

AMOUSSOU GUENOU (R.) « Droit et Pratique de l'Arbitrage Commercial International en Afrique Subsaharienne », Thèse 1995 Université Paris 2, 666p.

ARNAUD(H.), « La nationalité des sociétés dans le droit des communautés Européennes » ; Thèse Paris 1976.

BEN-HAMIDA (W.), « L'arbitrage transnational unilatéral-réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique », thèse multig. Université Paris II Assas, 2003 728 p.

BEGUIN (J.-P.), « Les entreprises conjointes Internationales dans les pays en voie de développement » Université de Genève 1972

-BONAVOUR (B.), « Les problèmes juridiques posés par l'encouragement privés des investissements dans les pays en voie de développement » ; Thèse, Paris 1967.

-BOURGEOIS (J.), « La clause Calvo » ; Thèse droit, Université Paris 1966.

-BOST (A.) « Les Entreprises Françaises en Afrique Subsaharienne : Stratégie et Dynamique Spatiale », Thèse 1995, Université Paris X Nanterre.

-BROU (K.) « Les Conventions Fiscales entre la France et les États Francophones d'Afrique », Thèse droit, Université Toulouse1 1998.

CREPET-DAIGREMONT (C.), « La Clause de la Nation la plus favorisée », thèse Université Paris, II, Assas 2009, 791p.

DEVAUX-CHARBONNEL (J.) « L'intervention de l'Etat dans la recherche et l'exploitation des gisements de pétrole », Thèse Université de Paris 1955

-DUPUY (F.), « La protection de l'attente légitime des parties au contrat-Etude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé », Thèse, Paris II Assas, 2007, 439p.

-CAFLISCH (L.), La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public ; La Haye, Nijhoof, 1969.

-CHAPAL (P.H.), « L'arbitrabilité des différends internationaux », Paris Pédone 1967.

-CHAPEZ (J.), « La règle de l'épuisement des voies de recours internes » ; Paris Pédone 1972.

-CUENDET-ROBERT (S.), « Protection de l'environnement et investissement étranger : les règles applicables à la dépossession de fait de la réglementation environnementale », Thèse droit, Paris I, 2008, 530 p.

-COHEN-JONATHAN (G.), « Les concessions en droit Internationale », thèse Paris 1966.

DANY (T.), Le Financement des Investissements Privés et Garanties en Afrique Noire, Thèse 1984 Université Paris X.

DIENG (A.), « Les Investissements privés étrangers en Afrique de l'Ouest, Etudes de cas : Guinée, Mali, Mauritanie et Sénégal », Thèse 1995, Université de Nice.

DE HOCHEPIED (J.P.), « La Protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires », Paris Pédone, 1965.

DEVELLE (PH.), « Les Concessions en droit International », thèse, Paris 1926

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), « L'Etat et le développement économique de la Cote d'Ivoire », thèse, Paris Pédone 1975.

FALL (IB), « Contribution à l'étude du Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en Afrique », Thèse Paris 1972.

GILLES (A), « La définition de l'investissement international Essai sur un concept juridique incertain », Thèse, Paris I Sorbonne, 2010, 487 p.

HAMIDA-BEN (W.) « L'arbitrage transnational unilatéral- réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique », Thèse, Paris II Assas, 2003 728 p.

HORCHANI (F.) « La Compagnie interarabe pour la garantie de l'investissement », Thèse Université de Dijon, 1980

JAIME (M.L.), « L'apport des traités régionaux et multilatéraux à l'évolution du droit de l'arbitrage et du droit international des investissements », Thèse, Université Paris II Assas, 2008, 1030p.

HENRY J.(R.) « Mutation du Droit International du Développement : La France et l'Afrique » Thèse 1977 Université de Nice.

NAGAOU M, « Analyse des stratégies d'investissements directs internationaux dans les Pays en Voie de Développement : Application à la Zone Afrique de l'Ouest », Thèse 1995, Université Orléans

NOUAILLE DEGORCE (B.) « La Politique Française de Coopération avec les États Africains et Malgaches au Sud du Sahara, 1958-1978 », Thèse d'état 1980, Bordeaux 1,429p.

PROTOPSALTIS (P.M) « Les devoirs internationaux des investisseurs directs étrangers. Réflexions sur un cadre juridique inachévé », Thèse Université Paris I, 2008

RAUX (M), « La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », Thèse Université Paris II Assas, 2010

SALAOU (M.) « Protection des droits économiques et sociaux en Afrique », Thèse 1996, Université de Clermont.

VI) : ARTICLES, CONTRIBUTIONS A DES OUVRAGES COLLECTIFS

AUDIT B, « L'Arbitrage Transnational et les Contrats d'Etat », centre d'études et de Recherche de droit international et de relations internationales de l'Académie de Droit International de la Haye(1987)

Audit B, G. Burdeau, P. Juillard, Ph Kahn, P. Mayer, W.Ben Hamida (table ronde) « le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investissement privé étranger et au détriment de l'état d'accueil ? » in Ch. Leben (dir), le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement (arthemis, 2006 pp 185-202.

ANCEL P. (J.), « Arbitrabilité et internationalité Quelques réflexions et propositions », in Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer Liber Amicorum, Paris, éd.LGDJ 2015, pp.17-23

AHMED SID (K.), « L'investisseur face à l'instabilité de la norme fiscale dans le droit des investissements de l'Union pour la Méditerranée », pp.51-68 in « Vers une Lex méditerranéa des investissements », Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

AREOU (G.), « La notion d'investissement-Evolutions récentes », pp.7-29 in « L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Reflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement », Colloque Sd d'Arnaud de Nanteuil, publié Paris, éd. A. Pedone, 2015.

Akiwumi (A.M.), "A plea for the Harmonization of African Investment Law" ;Journal of the African Law,1975,P134.

AKUE Akouété (M.), « plaider pour un espace Ohada plus attractif pour les investissements » Revue lamy de droit civil, n°67, 2010

ARECHAGA E.J., « L'Arbitrage entre les États et les Sociétés Privées étrangères », mélanges Gidel; Paris 1961, P367.

ASANTE K.B. (S.), « Droit international et investissements » pp.711-737 in « Droit international Bilan et perspectives » Tome II Bedjaoui M. Sd, Paris éd. A. Pedone & UNESCO, 1991.

AYED (I.) & Abida(M.), « Les nouveaux modèles de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements : exemples des modèles américain(2004) et canadien(2005), pp.139-151 In « Où va le droit des investissements Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris, éd. Pedone-LGDJ, 2006.

AZOULAI (L.) & BEN HAMIDA (W.), « La protection des investissements par le droit primaire- droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire : étude comparé des régimes et des approches. », in « Le droit européen et l'investissement »,Sd de Catherine Kessedjian Paris, éditions Panthéon-Assas, 2009.

BABADJI (R.), « Le traité sur la Charte européenne de l'énergie 17 décembre 1994 » AFDI 1996, pp.872-893

BARRERE (G.), « Le Régime des Investissements dans les États Francophones d'Afrique et de Madagascar » ; Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération, 1966, P471.

BACHAND (R.), « Indétermination du droit, légitimité des institutions et droit international de l'investissement » in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » sd Arés (M.)& Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant 2012 pp.83-114.

BACHAND (R.), « Les investissements : le conflit Nord-Sud », in « L'Organisation mondiale du commerce : où s'en va la mondialisation ? », Sd de Deblock (Ch.) Montréal, éd. Fidés, 2002, pp.151-165.

BACHAND (R.), « Les affaires arbitrales internationales contre l'Argentine : enjeux pour la gouvernance globale », RGDIP, n°102-, 2010, pp.281-318.

BACCOUCHE (N.), « Incitations aux investissements et concurrence entre États » pp.61-71 in « Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre » Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4mars 2006 Sd de Horchani (F.), publié à Paris, éd. Pedone-LGDJ, 2006.

BEKHECHI ABDELWAHAB (M.), « «Droit international et investissement international : quelques reflexions sur des développements récents » pp.109-124 in « Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement » Mélanges en l'honneur de Virally M., Paris, éd. A. Pedone, 1990.

BENCHENEB A, « L'Evolution de la notion d'investissement »pp.177-196,in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Travaux du CREDIMI, Paris Litec, 2000.

BENCHENEB (A.) & Ravillon (L.) « Les bases juridiques de l'harmonisation du droit des investissements dans l'Union pour la méditerranée », pp.19-30 in « Vers une lex mediterranea des investissements »Sd de Filali Osman, Bruxelles, éd. Buylant, 2016.

BERARD, « La Réglementation des Investissements Français à l'étranger et étrangers en France », Revue Droit et Pratique du Commerce International, 1975pp 223 et suiv.

BREDIMAS (A.), « Les Organisations économiques internationales et les droits de l'homme » pp.119-130 in « L'Etat actuel des droits de l'homme dans le monde Défis et perspectives » Conférence internationale à l'occasion du 25^e anniversaire d'activités de la Fédération Marangapoulos pour les droits de l'homme, Paris, éd. A. Pedone, 2006

BENKEMOUN (L.), « Sécurité juridique et investissements internationaux » communication au colloque de Niamey sur la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace UEMOA, organisé du 17 au 24 mars mars 2006.

Burdeau-Bastid (G.) « Droit des investissements et droit de la commande publique », pp.61-85 in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd.Bruylant, 2017.

BONUCCI (N.) « La lutte contre l'optimisation fiscale à travers les instruments de l'OCDE », pp.235-245 in SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes St-Denis Sd Dubin L., Livinec-Burdeau P., Iten L.J. & Tomkiewicz V. « L'entreprise multinationale et le droit international » 19-21 mai 2016, publié à Paris, éd. A. Pedone 2017.

BURDEAU BASTID (G.), « La clause de protection et de sécurité pleine et entière », RGDIP-1, 2015, dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp.87-101.

BOUDOUHI EL (S.), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements internationaux », AFDI-2005, pp.542-563.

BOUDOUHI EL (S.) « L'avenir des traités bilatéraux d'investissement conclus par les États membres de l'Union européenne avec des États tiers », Revue trimestrielle de droit européen, janv-mars- 2011. Pp.85-115.

BOUDOUHI EL (S.), « L'investisseur devant les juridictions internationales de droit de l'homme : la question des droits fondamentaux de l'investisseur », pp.301-329 in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

BOULANGER (E.), « Le Japon et les investissements étrangers : libre-échange, libéralisation et ouverture politique », in « L'Investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » Sd de Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant 2012, pp.379-408.

BISMUTH (R.), « L'émergence d'un ordre public de la dette souveraine » pour et par le contrat d'emprunt souverain ? Quelques réflexions inspirées par une actualité très mouvementée ». AFDI-2012, pp.489-513.

CAHIN (G.), « La Clause de couverture (Dite umbrella clause », RGDIP-1, 2015, Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp.103-144.

CARREAU (D.), « Commerce et investissements », pp.19-30 In « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre » Paris, éd. Pedone 2006.

CARREAU D, HURSTEL D, « La Nouvelle liberté des investissements étrangers en France », Dalloz (1996) Chrono 232.

CHARPENTIER J, « De la non -discrimination dans les investissements », AFDI, 1963, pp 35-63.

CASTANEDA J « La Charte des Droits et Devoirs Economiques des États ; note sur son processus d'élaboration, AFDI 1974.

CASTELLARIN (E.), « Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence », pp.577-605 in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées »,sd de S.R-Cuendet, Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

CHEDLY (L.), « Ordre public transnational et investissement », Pp.289-313 In « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris, éd.A.Pedone 2006.

CHEDLY (L.), « Le régime de reconnaissance et d'exécution des sentences dans l'arbitrage d'investissement dans l'espace méditerranéen », pp.285-297 in « Vers une lex mediterranea des investissements » sd de Filali Osman, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

CUENDET-ROBERT(S.), « Les investissements intracommunautaires entre droit communautaire et accords internationaux sur l'investissement : concilier l'inconciliable », RGDIP 4, 2011, pp 854-892.

CUENDET (S.), « La saisine parallèle des juridictions internes », pp.109-136 in « L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale Reflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement. », Colloque publié à Paris, éd. A. Pedone, 2015

CUENDET-ROBERT (S.), « Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux ? Réflexions sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs internationaux », RGDIP-3, 2016 pp.545-578.

CUENDET-ROBERT (S.), « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », in « Droit des investissements internationaux », sd de S.R.-Cuendet, Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.pp.247-297

CUPERLIER (O.), « Culture africaine et arbitrage international », in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » Sd. de Filali Osman & Ahmet C. Yildirim en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Paris éd. LexisNexis, 2017.pp.315-324

CUPERLIER (O.), « La protection des investissements dans les pays de l'Espace OHADA : un modèle transposable pour une lex méditerranéenne ? », in « Vers une lex mediterranea des investissements » sd de Filali Osman, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.pp.225-238

COTE EMMANUEL (CH.), « Le Canada et l'investissement direct étranger : entre ouverture et inquiétude », in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » Bruxelles, éd. Bruylant, 2012, pp.241-313.

DAIGREMONT CREPET (C.), « La protection découlant du droit international des contrats », in « Droit des investissements internationaux », Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.pp.331-358

DEBUISSON (F.) « Investissement étranger et droits de propriété intellectuelle », pp.359-387 in « Droit des investissements internationaux », Bruxelles, éd. Bruylant 2017.

DOMINICI (CH.), « La clause CIRDI dans les Traités Bilatéraux Suisses de protection des Investissements Internationaux », In L'Ordre juridique International entre tradition et Innovation Recueil d'études Ed. PUF 1987 534p.

DEBLOCK (CH.), « Les Etats-Unis et l'investissement direct étranger : une histoire à trois temps » in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales », Sd de Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant 2012, pp.153-223

DELABIE (L.), « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », in « droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd. Bruylant, 2017., pp.135-169.

DELANOY Ch. (L.) « Quels remèdes aux insuffisances de l'arbitrage international ? » pp.127-143 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » Sd de Filali Osman & Ahmet C. Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb, Istanbul, avril 2016. Publié à Paris éd. LexisNexis, 2017.

DELAUME GEORGES (R.), « Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique » RBDI 1968, pp 336 ss.

DELAUME GEORGES (R) « Le CIRDI » JDI (1982) p775 et suiv.

DELAUME GEORGES (R.) « State Contracts and Transnational Arbitration », AJIL 1981, pp.784 ss.

DELAUME GEORGES (R.), Transnational Contracts, Applicable Law and Settlement of Disputes. New York, Déc 1975.

DEME HAMADY (B.), « Le droit international des investissements et le contrôle étatique sur les ressources énergétiques », in « Défis énergétiques et droit international » Sd de Stéphane D. Bille, Bruxelles, éd. Larcier Groupe de Boeck S.A., 2011, pp.83-98

DEVAUX-CHARBONNEL. L'Accord de Ney York sur la participation des États Producteurs dans le capital des sociétés concessionnaires", AFDI, 1973, pp 740 ss.

DEVAUX-CHARBONNEL (J.), «L'Accord pétrolier Franco-Iranien conclut le 27 aout 1966 entre la société nationale Iranienne des pétroles et le groupe de l'entreprise de recherches et d'activités pétrolières (E.R.A.P) » AFDI 1966, pp798 ss.

DUPUY R. (J.), « Droit déclaratoire et droit programmatoire. De la coutume sauvage à la soft law » in « méthode et techniques actuelles d'élaboration du droit international public », SFDI, Colloque de Toulouse 1974, Paris, éd. A. Pedone pp.75-87

DOUMBE-BILLE (S.), « Régionalisme et universalisme dans la production du droit de l'environnement », in SFDI Colloque d'Aix-en-Provence « Le droit international face aux enjeux environnementaux », Paris, éd. A. Pedone, 2010, pp.39-59

ESSAWE PRISO (S-J.), « Les espaces juridiques de sécurisation des investissements en Afrique : entre droit communautaire et droit uniforme », Revue Lamy droit civil n° 67, 2010

ERDEM Ercument (H.), « Où va la clause d'arbitrage », pp.55-72 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » Sd de Filali Osman & Ahmet C. Yildirim Paris, éd.LexisNexis, 2017

ETOUNDI ONANA (F.), « La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du role joué par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Ohada », actualités juridiques n°53/2007

FAKHRI (R.), « La contribution des lois nationales des États arabes méditerranéens à une lex mediterranea des règlements des différends d'investissement », pp.239-256 in « Vers une lex mediterranea des investissements »sd de Filali Osman, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

FERREIRA Gabriel (P.), « Les investissements étrangers et le Brésil : politiques gouvernementales et intégration à l'économie mondiale » in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » Sd de Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant 2012, pp.471-492

FONTMICHEL DE (AL.) & MEYNIEL (AL.), « Le point de vue de l'investisseur : quelques considérations stratégiques préalables au contentieux contre l'Etat hôte », in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd. Bruylant, 2017. pp.641-657

GAGNE (G.), « L'évolution de la politique américaine en matière de protection de l'investissement étranger », in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales », Sd Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant 2012, pp.225-240.

GAILLARD (E.), « CIRDI Chroniques des sentences arbitrales », J.D.I.-1, 1986, pp.197-252

GAILLARD (E.), « CIRDI Chronique des sentences arbitrales », J.D.I.-1, 1990, pp.191-218.

GAILLARD (E.), « Reconnaître ou définir ? Réflexion sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI », in « le Droit International Economique à l'aube du XXIe siècle en hommage aux professeurs Carreau D & Juillard P. » pp17-31, éd A. Pédone, Paris 2009.

GAILLARD (E.), « Observations sur la philosophie de l'arbitrage international », pp.3-11 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau »Sd. de Filali Osman & A. Cemil Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, avril 2016.Paris, éd.LexisNexis SA, 2017.

DIENG (A.) « les mécanismes d'arbitrage Ohada : le point sur l'application de l'acte uniforme et du règlement d'arbitrage de 1999 », intervention au colloque du club Ohada Rhône- Alpes sur « Ohada : une décennie d'arbitrage. La mise en œuvre des instruments relatifs à l'arbitrage : état des lieux et perspectives », Lyon 28 avril 2009

GARCIA AMADOR, FRANCISCO (V.), « Responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers. Mesures portant atteinte aux droits acquis » quatrième rapport présenté à la CDI, ACDI 1959 II, pp 1 ss.

GUEYE (B.), « Développement, bonne gouvernance et lutte contre la corruption », pp.209-219 in SFDI Colloque de Lyon « Droit international et développement », Paris, éd. A. Pedone, 2015

GIARDINA (A.), « l'exécution des sentences du CIRDI », Revue critique 1982, pp 273 ss.

GEIGER (R.), « Eléments clés d'un cadre international pour l'investissement », Pp.33-45 In SFDI Journée d'études « Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ? », Paris, éd.A. Pedone 1999

GEIGER (R.), « Investissement et développement : une approche multilatérale », pp. 33-48in le DIE à l'aube du XXIe siècle en hommage aux professeurs Carreau et Juillard ed Pédone 2009

GOLDMAN (B.), « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », JDI 1979, pp 475 ss.

GOLDMAN (B.), « Le droit applicable selon la convention BIRD du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », In Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées, colloque de la S.F.D.I., Dijon 1968, Paris, 1969, pp.133 ss.

GOLDMAN (B.), « La décision du Conseil constitutionnel relative aux nationalisations et le droit international », JDI 1982, pp 275 ss.

HAMIDA-B. (W), « Droit fiscal et droit international des investissements », pp.119-134, in « Droit des investissements Perspectives croisées », Sd de Cuendet R.-(S.)Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

HAMIDA-B (W.), « L'arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents », JDI, 2004 pp 219-441.

HAMIDA –B. (W.), « L'arbitrage transnational face à désordre procédural : la concurrence des procédures et des conflits de juridictions », pp.195-221 In « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris, éd.Pedone, 2006.

HAMIDA B. (W.), « la notion d'investissement, notion maudite du système Cirdi ? » in investissements internationaux et arbitrage, chronique sd de I. Fadlalah, Ch. Leben et E. Teynier, gazette du palais, 14-15 décembre, 2007.

HAMIDA B. (W.), « La Clause de libre transfert », RGDIP-1, 2015, dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp.145-177

HAMIDA B. (W.), « Où va l'arbitrage d'investissement ? », pp.395-417 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau », Sd de Filali Osman & Ahmet C. Yildirim en l'honneur au professeur Ali Bencheneb, Paris éd. LexisNexis, 2017.

HAMIDA W. B, « Les contrats BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux » in Ph Kahn & T.W. Walde (dir) « les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux » (Martinus Nyhoff Publishers, 2007) spéc pp 275-308

HASSAN B., « Les contrats miniers », in Ph. Kahn & T.W. Walde (dir) les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux (martinus Nyhoff Publishers, 2007) spéc pp 268-272.

HORCHANI (F.) « Rapport introductif » pp.3-17 in Colloque « Où va le droit des investissements ? Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris, éd. Pedone-LGDJ, 2006

HORCHANI (F.) « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », JDI2, 2004, pp.367-417.

HUU TRU, « La validité internationale des mobiles d'expropriation », RBDI, 1990, pp 441-463.

JACOB (P.), « La place des normes externes dans le contentieux de l'investissement », pp. 607-640 in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

JACQUET M.-(J.), « Où va l'Etat parti à un arbitrage international ? » pp.-95-105 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » Sd de Filali Osman & Ahmet C. Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, avril 2016. Publié à Paris, éd. LexisNexis, 2017

JACQUEMOT (P.) « Les acquisitions foncières à grande échelle en Afrique : réalités et conséquences » in L'Afrique face aux pays émergents : vers des relations renouvelées ? », Sd. Ferréol (G.) Paris éd. EME éditions & L'harmattan, 2017

JOS (E.), « L'AMGI : une contribution positive mais insuffisante pour promouvoir les Investissements utiles au pays en développement », RGDIP (1994) pp 387-413.

JUILLARD P & BERTOLAS (J.P.) « Chronique de droit des relations financières avec L'étranger », Droit et Pratique du commerce international (1986) p 125.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » (Investissement) in AFDI 1968.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » (Investissement), AFDI 1971, p 674 et suiv.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » investissement), AFDI 1972 P668 et suiv.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » (investissement), AFDI 1976 p 668 et suiv.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » (investissement), AFDI 1979 p 768-786.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » (investissement), AFDI 1982 p 760-773.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » (investissement), AFDI 1985 p 710-720.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » (investissement), AFDI 1986 pp 625-645.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » (investissement), : « Convention entre la France et la Hongrie sur l'encouragement et la protection réciproque des Investissements » AFDI 1987 pp 584-599.

JUILLARD (P.) « Chronique de droit international économique » (investissement) : Lomé IV Et l'investissement International : trop peu, trop tard ? La convention bilatérale de promotion et de protection des investissements entre la France et le Koweït : trop tard ? » AFDI 1990 pp

666-677.

JUILLARD (P.), « A propos du décès de l'AMI » AFDI 1998 pp 595-611.

JUILLARD (P.), « L'accord multilatéral sur l'investissement : un accord de troisième type ? » pp.47-78 in SFDI Journée d'études « Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ? » Paris, éd.A. Pedone 2006.

JUILLARD (P.), « Le nouveau modèle Américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la Protection réciproque des investissements » AFDI 2004 pp 669-682.

KAMGA (J.) « l'apport du droit de l'Ohada à l'attractivité des investissements dans les Etats-partis », Revue des juristes de Sciences-Po, 2012 n°5 pp-43-51

KAMTO (M.), « Requiem pour le droit international du développement », pp.493-507 in Mélanges en l'honneur de Madjid Bencheikh « Droit, liberté, paix, développement », Paris, éd.A. Pedone, 2011.

KAHN (PH.) « Les définitions de l'investissement International » in le « DIE à l'aube du XXème siècle en hommage aux professeurs Carreau & Juillard pp 11-16.

KAHN (PH.) « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique Française » J.D.I.-1,1965, pp 338-390

KAHN (PH.) « Les Problèmes juridiques des investissements étrangers dans les pays en voie de développement », rapport préliminaire, International Law Association report of the fifty Second Conférence, Helsinki, 1966, pp 835 et S.

KAHN (PH.) « Le problème des investissements conjoints et le régime des investissements Étrangers en droit Français », 4e Conférence Internationale d'économistes et de juristes, Zagreb, 1967,t1.

KAHN (PH.) « La garantie multilatérale des investissements privés étrangers dans les pays en Voie de développement », colloque de droit bancaire International, Dijon 1967.

KAHN (PH.) « Le règlement des différends par la méthode de l'arbitrage », in les Investissements et le développement économique des pays du tiers-monde, Paris Pédone, 1968, pp 179 et s.

KAHN (PH.) « The Law Applicable to foreign Investments; the contribution of the world bank Convention on the Settlement of Investment Disputes », Indiana Law Journal, 1968, vol.44, pp. 1 et S.

KAHN (PH.) « Le choix d'un instrument », rapport intérimaire de la commission des Investissements étrangers dans les pays en voie de développement, International Law Association, Report of the fifty-third Conference, Buenos Aires, 1968, pp.685 et s.

Kahn (PH.), « État actuel du droit des investissements étrangers dans les pays en voie de Développement », in The Present State of International, livre du centenaire de l'International

Law Association, Deventer, Kluwer, 1973, pp 283 et s.

KAHN (PH.), « The Standard Investment Agreement: Text and Comment » Georgia Journal of International and comparative Law, 1974, Vol. IV, pp. 39 et S.

KAHN (PH.) «Quatrième et dernier rapport de la commission des investissements étrangers Dans les pays en voie de développement», International Law Association, Report of the fifty-sixte Conférence, New Delhi, 1974, pp.415 et s.

KAHN (PH.) « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », Clunet, 1975 pp.467 et s.

KAHN (PH.) « La crise des matières premières et les mesures internes d'organisation », Revue Du tiers-monde, Avril-juin 1976.

KAHN (PH.), « Transfert de technologie et division internationale du travail : pour une politique juridique », Revue Belge de droit international, 1976, P 451.

KAHN (PH.) « L'essor du non droit dans les relations économiques Internationale », in l'hypothèse du non-droit, Liège, 1977, pp. 231 et s.

KAHN (PH.), « Les contrats internationaux de coopération industrielle, l'équivalence des Prestations » la coopération industrielle et le nouvel ordre économique international, Paris, PUF, 1980.

KAHN (PH.) « La crise des matières premières et les mesures internes d'organisation », Revue du tiers-monde, avril-juin 1976.

KAHN (PH.) « Les contrats internationaux de coopération industrielle, l'équivalence des Prestations », in La coopération industrielle et le nouvel ordre économique international, Paris PUF, 1980.

KAHN (PH.) « L'interprétation des contrats internationaux », Clunet, 1981 pp.5 et s.

KAHN (PH.) « L'accession à l'autonomie technologique par la réglementation des Investissements étrangers et des importations technologiques », Louvain, avril 1982.

KAHN (PH.) « Contrats d'état et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982. », Clunet, 1982, pp.844 et s.

KAHN (PH.) « Droit International économique, droit du développement, lex mercatoria : Concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? » in Le droit des relations économiques Internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris Litec, 1982, pp.83 et s.

KAHN (PH.) « La formation des normes en droit international du développement : sanction et Effectivité de la norme », in La formation des normes en droit international du Développement, CRESEM, CNRS, OPU, 1984, pp.263 et s.

KAHN (PH.) « Souveraineté de l'Etat et règlement du litige. Régime juridique du contrat d'état », Revue de l'arbitrage, 1985, pp.641 et s.

KAHN (PH.) « Éthique et investissements », pp.111-119 in « L'éthique dans les relations économiques internationales en hommage à Philippe Fouchard », Paris, Pedone, 2006

KAHN (PH.), « Investissements internationaux et droits de l'homme », pp.95-109 in « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris, éd. Pedone-LGDJ, 2006.

KHELIFA (R-B.), « Le déni de justice en droit de l'investissement international : L'affaire Loewen c.Les Etats-Unis d'Amérique », pp.239-257 in « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris, éd.A. Pedone 2006.

KLEIN (M.), « Le système Français de garantie des investissements Français à l'étranger », RDPCI 1986 P 125.

KESSEDJIAN (C.), « L'arbitrage comme mode de règlement des différends est-il remis en cause par le droit européen ? », pp.107-121 in « Le droit européen et l'investissement » Sd. de Catherine Kessedjian & Charles Leben, Paris, éd. Pantheon Assas, 2009.

KOULEN (M.), « Dispositions de l'OMC concernant l'investissement »Pp.101-119 In SFDI Journée d'études « Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ? », Paris, éd.A. Pedone 1999.

LAFFONT (P.) & SIMONET (L.), « La charte de l'énergie et le transit des matières premières : trop loin ? Trop tôt ? » pp. 524-547, AFDI 2005

LALIVE J.- (F.) « Un Grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux Sociétés privées Etrangers » JDI, 1977, p 319 et s.

LALLEMENT (R.), « L'investissement direct au bénéfice de l'économie allemande : stratégies d'entreprise, promotion de l'intérêt national et coopération internationale », in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales », Sd de Arès(M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant 2012, pp.347-377.

LANGRANGE (E.), « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », pp.485-573 in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

LAURIOL (Th.), « Le traitement national », RGDIP-1, 2015, Dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp.47-67

LANKARANI L., « Les investissements internationaux : arbitrage et régulation », LPA, 16 juin 2011, n°119.

LANKARANI (L.), « La lutte contre la corruption transnationale », pp.455-467 in Droit pénal international, 2^e édition révisée Sd Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux & Alain Pellet, Paris, éd. A. Pedone, 2012.

LANKARANI (L.), « Organisation Mondiale du Commerce(OMC) et Lex Mediterranea des investissements : entre conflit et complémentarité », pp.121-142 in « Vers une lex mediterranea des investissements » Sd de Filali Osman, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

LATTY (FR.), « Discret mais envahissant : la clause de libre exploitation », RGDIP-1, 2015, dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp.179-195

LEBEN (CH.) « Les modes de Coopération entre Pays en Développement et entreprises Multinationales dans le Secteur de la production des Matières Premières », clunet 1980, numéro 3 p 539-604.

LEBEN (CH.) « Les Investissements Miniers Internationaux dans les Pays en Développement : Réflexion sur La Décennie écoulée (1976-1986) » Clunet, numéro 4,1986 p 895-956.

LEBEN (CH.) « Retour sur la notion de Contrat d'Etat et le Droit Applicable à celui-ci », mélanges offerts au Professeur Thierry H, Paris Pedone, 1998 P 247-280.

LEBEN (CH.), « L'évolution du droit international des investissements », pp.7-32, SFDI Journée d'étude « Un accord multilatéral sur l'investissement d'un forum de négociation à l'autre ? », Paris, éd.A.Pedone, 1999.

LEBEN (CH.) « La Théorie du Contrat d'Etat et l'évolution du Droit International des Investissements », Recueil des cours de l'académie de Droit International de la Haye 2003(Vol.302), p197-386.

LEBEN (CH.), « La responsabilité internationale de l'état sur le fondement des traités de De protection des investissements », AFDI 2004 pp 683-714.

LEBEN (CH.) : « L'Etat de nécessité dans le Droit International des Investissements », les cahiers de l'arbitrage, numéro 2005/3, p 47-52

LEBOULANGER (PH.), « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Revue Arb, n°3, 1999.

LEBOULANGER (PH.), « Arbitrage international et déni de justice », pp.109-126 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » Sd de Filali Osman & Ahmet C. Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, avril 2016, publié aux éd. LexisNexis, 2017

LEGUM (B.), « La réforme du CIRDI : Vers une juridictionnalisation de l'arbitrage transnational »Pp.283-287 In « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris éd.A. Pedone 2006.

LEPAGE (G.), « Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger », pp.389-408, in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

LOQUIN (E.), « La coexistence du droit de l'arbitrage d'investissement avec le droit de l'arbitrage commercial international : conflit ou complémentarité ? », pp.323-335 in « Vers une lex mediterranea des investissements » Sd de Fiali Osman, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

LOQUIN (E.), « L'apport de la doctrine à la science juridique dans l'arbitrage international » pp.23-34 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » Sd de F. Osman & A.Cemil Yildirim Journée d'études méditerranéennes, Istanbul, avril 2016 publié à Paris éd. LexisNexis SA, 2017

LYONNET (Ge.), « La clause de la nation la plus favorisée en droit des investissements : bilan et perspectives-Invitation à la prudence », RGDIP-1, 2015 dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements » pp.19-45

MASSAMBA (R.), « L'Ohada et le climat des investissements en Afrique », Penant, n°85

MENETREY (S.), « la place de l'investissement dans l'Ohada » OHADATA D-13-37

MANCIAUX (S.), « Les mesures équivalentes à une expropriation » dans l'arbitrage international relatif aux investissements », Pp.73-94 In « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris éd.A. Pedone, 2006.

MANCIAUX (S.), « Quelles règles pour un droit mediterranea des investissements ? Vision prospective », pp.31-50 in « Vers une lex mediterranea des investissements, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

MANCIAUX (S.) « Le point de vue des entreprises : la régulation d'origine privée des opérations d'investissement », pp.171-189 in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

MARZOUKI (I.), « L'arbitrage Etat-Investisseur dans les accords américains récents de libre-échange », pp.223-238 In « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif & recherche d'équilibre », Paris éd.A. Pedone 2006.

MBENGUE-MAKANE (M.) « Les obligations des investisseurs étrangers » pp.295-348 in SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes St-Denis « L'entreprise multinationale et le droit international » 19 au 21 mai 2016 SD de Dubin L., Livinec-Badeau P., Iten-L-J. et Tomkiewicz V.

MONTINERIE (Co.), « L'impact des travaux de la Cnudci en matière d'arbitrage d'investissement sur la procédure arbitrale », pp.183-191 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » Sd de Filali Osman & Ahmet C. Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, avril 2016 Paris, éd.LexisNexis SA, 2017.

NAPPERT (S.), « Le droit dérivé et les investissements », in « Le droit européen et l'investissement », in « Le droit européen et l'investissement » Sd de Catherine Kessedjian & et Charles Leben, Paris, éd. Pantheon Assas, 2009, pp.89-95.

NANTEUIL DE (A.), « La notion d'investissement protégé : l'exigence de conformité de l'investissement au droit local », pp.31-59 in « L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale

Reflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement », Paris, éd. A. Pedone, 2015.

NANTEUIL DE (A.), « La clause d'indemnisation », RGDIP-1, 2015 dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp.215-242

NANTEUIL De (A.), « La responsabilité publique de droit interne comme mécanisme de protection des investissements étrangers », pp.223-245 in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », SD de S. R-Cuendet Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

NOURISSAT (C.), « Le remplacement des traités bilatéraux d'investissement conclus entre les États membres et les pays tiers par des accords européens : un facteur de méditerranéisation » du droit des investissements », pp.179-187 in « Vers une lex mediterranea des investissements » Sd de Filali Osman, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

NOUVEL (Y.) « Les mesures équivalentes à une expropriation dans la pratique récente des Tribunaux arbitraux », RGDIP, 2002 pp. 79-102.

NOUVEL (Y.), « Classification cursive des règles de fond issues des traités bilatéraux d'investissements », RGDIP-1 2015 dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements » pp.7-18,

NTWARI FLEURY-(G.), « Les Organisations régionales africaines et l'énergie » in « Défis énergétiques et droit international » Sd de Stephane B. Bille, Bruxelles, éd. Larcier, 2011, pp.163-176.

NGWANZA A., « L'essor de l'arbitrage international en Afrique subsaharienne : les apports de la CCJA », Revue de l'Ersuma : droit des affaires-pratique professionnelle, n°3, 2013

NICOLAS (F.), « Chine et investissement internationaux : vers une normalisation » in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » Sd d'Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant 2012, pp.411-434.

ONANA Onguene E. (D.), « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » Sd de Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant, 2012, pp.115-149.

OSMAN (F.), « Une lex mediterranea des investissements ? Faisabilité et pertinence », pp.337-371 in « Vers une lex mediterranea des investissements » Sd de Fiali Osman, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

OSMAN (F.), « Rapport de synthèse. L'arbitrage international : De la crise au renouveau », pp.437-468 in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » Sd de F. Osman & Ahmet C.Yildirim en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Paris, éd. LexisNexis, 2017.

OSTROVE (M.), « La clause relative à l'expropriation L'imbrication du concept d'attentes légitimes dans la notion d'expropriation indirecte », RGDIP-1, 2015, dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp.197-213

PELLETIER (M.) « Les pratiques d'optimisation fiscale et le juge de l'impôt », pp.222-234 in SFDI Colloque de Paris 8 Vincennes St-Denis « L'entreprise multinationale et le droit international » 19-21 mai 2016, publié Paris, éd. A. Pedone, 2017.

PROUVEZE (R.), « La question de la conditionnalité dans le droit des investissements de l'Union pour la méditerranée », pp.103-120 in « Vers une lex méditerranéenne des investissements », Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

POULAIN (B.), « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union Européenne », RGDIP-2007, pp.803-828.

POULAIN (B.), « Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux », RGDIP 4, 2009, pp.873-895

POULAIN (B.) « Actualités du droit européen des investissements internationaux », RGDIP 2011, pp.113-140.

PREZAS (I.), « Standards internationaux de protection des investissements étrangers et abus de droit de l'Etat hôte », pp.195-222 in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd. Bruylant, 2017.

RAMBAUD (P.) « Un Arbitrage pétrolier : la sentence Liamco, AFDI, 1980 p 280.

RAMBAUD (P.) « Deux arbitrages du CIRDI », AFDI 1994 p 391.

REMY (B.) « CIRDI Chronique des sentences arbitrales », JDI-2017 pp.213-297.

ROCHERE DE LA DUTHEIL (J.), « Le pouvoir des États membres de l'Union de l'Union européenne de conclure des traités bilatéraux d'investissement », in « Le droit européen et l'investissement » Sd de Cathrine Kessedjian, Paris éditions Panthéon Assas, 2009, pp.27-39

GIGAUD Claude-(M.) « Où va la procédure arbitrale », in « Où va l'arbitrage international ? De la crise au renouveau » Sd de Filali Osman & Ahmet C. Yildirim Journée d'études méditerranéennes en l'honneur du professeur Ali Bencheneb Istanbul, avril 2016 publié à Paris éd. LexisNexis, 2017.pp.163-181

RIVIER (R.), « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », in « Droit des investissements internationaux Perspectives croisées », Bruxelles, éd. Bruylant 2017. Pp.413-483

RIOUX (M.), « Théorie des firmes multinationales et des réseaux économiques transnationaux », in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales » sd Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant 2012 ; pp.41-82

ROWAT D. (M.) "Multilaterals approaches to improving the investment climate of developing countries; The cases of ICSID and MIGA" Harvard international law, vol 33, 1992.

SADELEER DE (N.), « Le rôle ambivalent des principes dans la formation du droit de l'environnement : l'exemple du principe de précaution », in SFDI Colloque d'Aix-en-Provence « Le droit international face aux enjeux environnementaux », Paris, éd. A. Pedone, 2010, pp.61-76.

SALAH Mohamed (M. M.), « La mondialisation du droit des investissements : catalyseur ou frein d'une lex mediterranea des investissements », pp.143-177. In « Vers une lex mediterranea des investissements », Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

SANTULLI (C.), « Le traitement juste et équitable : stipulation particulière du principe général de bonne conduite ? », RGDIP-1, 2015 dossier « Les techniques conventionnelles du droit international des investissements », pp.69-85

SERAGLINI (CH.), « L'influence de la culture juridique sur la décision de l'arbitre » in Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer Liber Amicorum, Paris, éd.LGDJ, Lextenso éditions, 2015, pp.817-831

SERFATI (C.), « La France et les IDE : ampleur, effets et réglementations », in « L'investissement et la nouvelle économie mondiale Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales », Sd de Arés (M.) & Boulanger (E.), Bruxelles, éd. Bruylant 2012, pp.315-346

SHIHATA (I.) « L'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements » AFDI, 1987 pp601-613.

SMALL H. (D.), « Règlement des différends entre investisseurs et États d'accueil dans un accord multilatéral sur l'investissement » Pp.79-100 in « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre » SFDI Journée d'étude « Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ? », Paris, éd.A. Pedone 1999.

SIMON (D.) « Le système conjoint de garantie des investissements CEE-ACP de la convention de Lomé III », La RDPCI 1987 numéro 1 & 2.

SNOUSSI (M.), « La cohérence de la jurisprudence du CIRDI », Pp.259-282 in « Où va le droit de l'investissement Désordre normatif et recherche d'équilibre », Paris, éd.A. Pedone 2006.

Sterne (B.), « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international : que disent les travaux préparatoires », pp.223-244 in « Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI », Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, éditions Litec-CREDIMI, 2000.

STERN (B.) « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur », revue de l'arbitrage, 2007, n°1

STERN (B.) « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage Cirdi entre État et investisseur », Revue de l'arbitrage, 2007, n°1

Sinkondo (M.) « Un elixir de sagesse pour une vieille canaille : la notion d'investissement saisie par le droit international », pp.1-29 in « Le concept d'investissement Regards croisés des droits interne, international et communautaire »SD de Causse H. & Sinkondo (M.) Bruxelles, éd. Bruylant S.A., 2011.

TANI T. (M.), « Le consentement à l'arbitrage d'investissement dans l'espace méditerranéen », pp.267-283 in « Vers une lex mediterranea des investissements » Sd de Filali Osman, Bruxelles, éd. Bruylant, 2016.

TANKOANO (A.), « Le projet d'accord relatif aux mesures concernant les investissements et Liés au commerce (TRIM)» Revue DPCI 1993 p 264 et s.

Titi (C.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil », JDI-2 2014, pp.541-562

TOUSCOZ (J.), « L'Agence multilatéral de garantie des investissements », Revue DPCI 1987.

TOUSCOZ (J.), « Les opérations de garantie de l'agence multilatérale de garantie des Investissements », JDI 1987 numéro 1 pp901-925.

TOUKAM NGUEPOU (J.) « environnement juridique et développement du secteur privé : l'exemple de l'Ohada », rasj, Vol 2 n°1,2001

Turp (D.), « Le contrôle du respect du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », pp.406-420 in « Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement » Mélanges en l'honneur de M. Virally, Paris, éd. A. Pedone, 1990.

TCHUNKAM DIFFO (J.), « Le devoir de coopération dans la mise en œuvre de la Charte camerounaise des investissements », Penant, n°859

VERHOEVEN (J.), « Droit International des Contrats et Droit des Gens », RBDI, 1978-1979, p209 et s.

WENGLER (W.), « Nouveaux Aspects de la Problématique des Contrats entre États et Personnes Privées, RBDI, 1978-1979, p 415 et S.

WENGLER (W.), « Les Accords entre États et Entreprises Etrangères sont-ils des Traités de Droit International ? RGDIP, 1972, P 313.

VELLAS (P.), « Droit de Propriété, Investissements Etrangers et NOEI », JDI, 1979, p21.

WEIL (P.), « Droit International et contrat d'Etat » Mélanges offerts à Paul Reuter, le Droit International : Unité et diversité, Paris, Pédone, 1981, P549 à 582.

WEIL (P.), « Les Clauses de Stabilisation ou d'Intangibilité insérées dans les accords de développement économique » (mélanges offerts à Charles Rousseau, la Communauté Internationale) Paris Ed A Pédone, 1974, P 301 à 328.

WEIL (P.), « Principes Généraux du Droit et Contrat d'Etat » études offertes à Berthold Goldman, le Droit des Relations Economiques Internationales, Paris, Litec 1982, p 387 à 414.

V): TEXTES ET DOCUMENTS OFFICIELS NATIONAUX

1) TEXTES ET DOCUMENTS OFFICIELS NATIONAUX :

COTE D'IVOIRE :

Ordonnance N° 2012-487 du 07 juin 2012 portant code des investissements en Cote d'Ivoire

Loi N°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier

Décret N°2014-397 du 25 juin 2014 fixant les modalités d'application de la loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier

Ordonnance N°2014-148 du 26 mars 2014 fixant les redevances superficielles et les taxes proportionnelles relatives aux activités régies par le Code minier.

Loi N°96-669 du 29 août 1996 portant Code pétrolier.

Ordonnance N°2012-369 du 18 avril 2012 modifiant la Loi N°96-669 portant Code pétrolier.

Décret N°96-733 du 19 septembre 1996 fixant les modalités d'application du Code pétrolier.

Decret N°2012-1151 du 19 décembre 2012 relatif aux contrats de partenariats public-privé

Décret N°2012-867 du 06 septembre 2012 portant création du centre de promotion des investissements en Cote d'Ivoire (CEPICI)

Loi n°96-766 du 3 octobre 1996 portant code de l'environnement

Loi n°95/15 du 12 janvier 1995 portant code du travail

BENIN :

Loi n° 90-002 du 9 mai 1990 portant code des investissements

Decret N°2016-167 du 25 mars 2016 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Agence de promotion des investissements et des exportations du Bénin (APIEX).

Loi n° 2006-17 du 17 octobre 2006 portant code minier et fiscalités minières en République du Bénin.

Décret N°2008-804 du 31 décembre 2008 portant application du Code minier et fiscalité minière en République du Bénin

Loi N°2006-18 du 17 octobre 2006 portant Code pétrolier du Bénin

Décret n°2003-400 du 13 octobre 2003 portant organisation et fonctionnement de la zone Franche industrielle

BURKINA FASSO :

Loi n°62/95/ADP du 14 décembre 1995 ensemble de ses modificatifs Modifiée par la Loi N°007-2010/AN du 29 janvier 2010 portant code des investissements

Loi n°036-2015/CNT du 26 juin 2015 portant code minier du Burkina Faso

Décret N°036-2015/CNT du 16 juin 2015 portant Code minier du Burkina Faso

Loi n°002/94/ADP du 19 janvier 1994 portant code de l'environnement

Loi n°028-2008/AN portant code du travail

Décret n°2005-047/PRES/PM/MCE du 3 février 2005 portant gestion des autorisations Minières et titres miniers

Décret n°2005-049/PRES/PM/MCE du 3 février 2005 portant modèle type de conventions minières permis de recherche, permis d'exploitation industrielle

Décret n°2005-049/PRES/PM/MCE du 3 février 2005 portant permis d'exploitation Artisanale semi industrialisée

Décret n°2005-049/PRES/PM/MCE/MFB du 30 décembre 2005 relatif à la provision pour Reconstitution des gisements miniers

Décret n°2005-668/PRES/PM/MCE/MFB du 30 décembre 2005 instituant la commission Nationale des mines

Loi N°020-2013/AN portant régime juridique du partenariat public-prive au Burkina Faso.

GAMBIE:

Mines and Quarries Act.

Petroleum (Exploration, développement and Production) ACT

GHANA:

Minerals and mining Act, 2006.

Mineral and mining (Amendement) Act, 2010.

Minerals and mining(Amendement) Law, 2014.

Petroleum (exploration and production) Act, 2016

Petroleum Commission Act, 2011

GUINEE BISSAU:

Lei N°3/2014 de 29 de abril 2014, novo Codigo Mineiro

Law N°4/2014-Regulates liquid and gaseous hydrocarbon prospecting, exploration, production and transport activities and their supervision, 15 april 2014.

GUINEE CONAKRY:

Loi L/2015/N°008/AN du 25 mai 2015 portant code des investissements de la Guinée.

Loi L/2011/006/CNT du 9 septembre 2011 portant Code minier de la République de Guinée.

Loi/2013/N°053/CNT du 08 avril 2013 portant amendement de certaines dispositions de la loi du 9 septembre portant Code minier.

Décret D/2011/218/PRG/SGG portant création d'une société de patrimoine du secteur minier du 11 août 2011.

Décret D/2012/108/PRG/SGG portant déclaration de projet d'intérêt national pour la construction du chemin de fer minier et du port en eau profonde liés au transport et à l'évaluation des mines de fer de Simandou.

Loi L/2014/N°034/AN du 23 décembre 2014 portant Code pétrolier de la Guinée

Loi N°2017-32 du 4 juillet 2017 portant partenariats public-privé promulguée par le Décret N°D/2017/278/PRG/SGG du 24 octobre 2017

LIBERIA :

Mineral and mining Law, 2000.

Petroleum Law, 2002.

National Petroleum policy, 2012

MALI :

Loi n° 2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements

Loi N°2012-015 du 27 février 2012 portant Code minier

Loi N°2015-035 du 16 juillet 2015 portant Code des hydrocarbures

Loi N°2016-016 du 30 décembre 2016 relative aux partenariats public-privé au Mali.

NIGER :

Loi N°2014-09 du 16 avril 2014 portant Code des investissements en République du Niger

Loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant code pétrolier.

Loi N°2014-06 du 16 avril 2014 modifiant et complétant la loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant Code pétrolier.

Décret N°2007-082/PRN/MME du 28 mars 2007 fixant les modalités d'application de la loi n°2007-01 du 31 janvier 2007 portant Code pétrolier.

Ordonnance N°93-16 du 2 mars 1993 portant Code minier, modifiée par l'Ordonnance N°99-48 du 5 novembre 1999

La loi N°2014-08 du 16 avril 2014 complétant l'Ordonnance N°93-16 du 2 mars 1993 portant Loi minière modifiée par la Loi N°2006-26 du 9 août 2006.

Loi n°2008-30 du 3 juillet 2008 portant avantages dérogatoires pour les investissements dans les grands projets miniers

Ordonnance n°96-039 du 29 janvier 1996 portant code du travail

Arrêté n°53/MME/DM du 1er août 2000 portant redevance superficielle annuelle

Arrêté n°00041/MME/DM du 2 mai 2007 portant cession de titre miniers

Arrêté n°76/MME/E/DM du 12 septembre 1995 portant taxe d'exploitation artisanale

Arrêté n°70/MME/DM du 5 août 2004 portant code de conduite sur les sites d'exploitation minières artisanales

NIGERIA :

Minerals and mining Act, 2007.

National minerals and metals policy, 2008

Mines and mining regulation, 2011

Petroleum Act

Nigeria Oil and Gas Industry content Development Bill, 22 avril 2010.

Petroleum Industry Governance Bill, 2017

SENEGAL :

Loi n° 2004-06 du 6 février 2004 modifiée par la Loi N°2012-32 du 31 décembre 2012 portant code des investissements

Décret n°2004-627 du 7 mai 2004 portant application du code des investissements

Loi n°2007-25 accordant des avantages dérogatoires au code des investissements et au code minier pour les investissements de plus de 2500 milliards de franc CFA

Loi 95-34 du 21 décembre 1995 instituant le statut de l'entreprise Franche d'exportation

Loi N°2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat

Loi N°2015-03 du 12 février 2015 modifiant la Loi n°2014-09 du 20 février portant sur les contrats de partenariat.

Décret N°2015-386 portant application de la Loi N°2014-09 du 20 février 2014 relative aux contrats de partenariat.

Loi d'orientation 49/2007 relative à la promotion et au développement des petites et moyennes Entreprises au Sénégal, votée par l'Assemblée Nationale en séance plénière le mercredi 06 février 2008.

Loi N° 98-05 du 8 janvier 1998 portant code pétrolier

Loi N°2016-32 du 08 novembre 2016 portant Code minier.

Décret N°2017-459 fixant les modalités d'application de la Loi N°2016-32 du 8 novembre 2016 portant Code minier

Décret N°2003-683 du 5 septembre 2003 portant création et fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Agence nationale chargée de la promotion de l'investissement et des grands travaux(APIX).

Loi n°97-17 du 1er décembre 1997 portant code du travail.

Loi N°64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national

Loi N°94-69 du 22 août 1994 fixant le régime d'exercice des activités économiques.

Loi N°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'administration.

Contrats d'investissement signés par le Sénégal :

Contrats d'hydrocarbures :

Contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures « Cayar offshore profond » entre le Gouvernement du Sénégal « Petrosen » d'une part et Petro-Tim Limited d'autre part. Fait à Dakar le 17 janvier 2012.

Contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures « Rufisque Offshore » « Sangomar Offshore » entre le Gouvernement du Sénégal « Petrosen » d'une part et la Sénégal Hunt Oil Company d'autre part. Fait à Dakar le 15 juillet 2004.

Contrat de recherche et de partage de production d'hydrocarbures « Saint-Louis offshore profond » entre le Gouvernement du Sénégal « Petrosen » d'une part et Petro-Tim limited d'autre part Fait à Dakar, le 17 janvier 2012.

Contrat de recherche et de partage de production « Ultra Deep offshore » entre le Gouvernement de la République du Sénégal « Petrosen » d'une part et Total d'autre part. Fait à Dakar, le 2 mai 2017.

Contrats miniers :

Convention minière pour le cuivre molybdène et substances connexes passée en application de la Loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et la société Core minerals Pte. Ltd(filiale du groupe indien Achean « Périmètre de Kanemere » Fait à Dakar 2011.

Convention pour la recherche pour l'or et substances connexes passée en application de la loi 88.06 du 26/08/88 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et la société de recherche et d'exploitation aurifère « AGEM » Fait à Dakar, le 09 février 1993.

Convention pour l'or et les substances connexes et les métaux de base à l'exception du fer, passée en application de la loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et la Société « Agem »Ltd « Périmètre Daorala-Boto » Fait à Dakar le 06 mars 2004.

Convention minière pour l'or et les substances connexes passée en application de la loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et la Société Rangold d'autre part « Périmètre de Dalama » Fait à Dakar le 12 février 2008.

Convention minière pour l'or et les substances connexes passée en application de la loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et Sabadola mining company Sarl d'autre part « Périmètre de Sabodola » Fait à Dakar le 07 septembre 2010.

Convention minière pour l'or et les substances connexes passée en application de la loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et Energy and mining corporation. « Périmètre de Dalafin » Fait à Dakar, le 14 août 2007.

Convention minière pour phosphates et substances connexes passée en application de la loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le gouvernement de la République du Sénégal d'une part et la société Damash minerals Ltd « Périmètre de Kolda » Fait à Dakar en 2011.

Convention minière pour Zircon, ilmente, Rutile,Leucoxene et autres minéraux associés en application de la loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et la Société Mineral deposits limited Sénégal SARL. Fait à Dakar le 09 septembre 2004.

Convention de recherche et d'exploitation pour l'attapulgite et les substances connexes passée en application de la loi 88.06 du 26/08/88 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et la société Sénégal mines S.A. d'autre part Fait à Dakar, le 07 février 1997.

Convention minière pour l'or et les substances connexes passée en application de la loi 2003-36 du 24/11/2003 portant Code minier entre le Gouvernement de la République du Sénégal d'une part et la Société Rokamco S.A. d'autre part « Perimètre de Massa kounda » Fait à Dakar le 11 décembre 2004.

SIERRA LEONE :

Mines and minerals act, 2009

Mines and minerals operational regulation, 2013

Petroleum Exploration and Production Act, 2011

TOGO :

Loi N° 2012-001 du 20 janvier 2012 portant code des investissements

Loi uniforme n°2009-23 du 14 octobre 2009 relative aux entreprises d'investissement à Capital fixe

Loi n°2011-18 du 24 juin 2011 portant statut de zone franche industrielle.

Loi N°96-004 du 26 février 1996 portant Code minier.

Loi N°2003-012 du 4 octobre 2003 modifiant et complétant la loi N°96-004 du 26 février 1996 portant Code minier.

Loi N°99-003 du 18 février 1999 portant Code des hydrocarbures

2) TEXTES COMMUNAUTAIRES

-Traités de la CEDEAO : Lagos 28 mai 1975

-« Protocole A/P4/1/03 de la CEDEAO sur l'énergie », adoptée octobre 2002

-« Directive/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier de la CEDEAO », Abuja, les 26-27 mai 2009.

-Appendice I : Acte additionnel A/SA.1/12/08 portant des « règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO »

-Appendice II : Acte additionnel A/SA.2/12/08 portant « création, attribution et fonctionnement de l'autorité de la concurrence de la CEDEAO »

-Appendice III : 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 » (Abuja 19 décembre 2008)

Acte Additionnel A/SA.16/02/12 portant adoption de la « politique de développement des ressources minérales de la CEDEAO (PDRMC) », CEDEAO - Abuja, 16-17 février 2012.

Reglement C/REG12/06/13 relatif au programme régional de la CEDEAO pour le développement des infrastructures », 70^e session ordinaire du Conseil des ministres Abidjan 20-21 juin 2013.

Protocole Additionnel de la CEDEAO A/SP.1/12/01 du 21 décembre 2001 sur « la démocratie et la bonne gouvernance ».

Protocole A/P.1/5/79 de mai 1979 sur la « Libre Circulation des personnes et des biens au sein de la CEDEAO »

L'Acte Additionnel A/SA.4/12/08 portant « politique environnementale de la CEDEAO ».

Déclaration des Chefs d'Etat et de Gouvernement de la CEDEAO sur « la mise en œuvre du Tarif Extérieur Commun(TEC) de la CEDEAO », session de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement Abuja, 15 décembre, 2014.

Règlement C/REG10/06/13 relatif à la mobilisation des ressources pour la mise en œuvre de l'initiative énergie durable pour tous dans la sous-région de la CEDEAO », 70^e session ordinaire du Conseil des Ministres, Abidjan, 20-21 juin 2013.

Reglement C/REG8/06/13 relatif à la mise en place d'un fonds de solidarité destiné aux mesures d'urgence dans le secteur de l'énergie » 70^e session ordinaire du conseil des ministres Abidjan, 20-21 juin 2013.

Reglement C/REG7/06/13 relatif à l'optimisation du fonctionnement du Gazoduc et l'étude de l'extension et de l'optimisation du Gazoduc »,70^e session ordinaire du conseil des ministres, Abidjan, 20-21 juin 2013.

Directive C/DIR/1/06/13 sur « l'organisation du marché régional de l'électricité », 70^e session ordinaire Abidjan, 20-21 juin 2013.

Règlement C/REG4/06/13 relatif aux mesures de sauvegarde », 70^e session ordinaire du conseil des ministres Abidjan, 20-21 juin 2013.

UEMOA Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant « Code minier communautaire »

Union Africaine :

« Acte Constitutif de l'UA », Adopté par la 1ere session extraordinaire de la Conférence de l'Union à Addis-Abéba(Ethiopie), le 3 février 2003.

Plan d'action de Lagos pour le développement économique de l'Afrique 1980-2000(PAL) et l'Acte finale de Lagos(1980).

Traité instituant la « Communauté économique africaine », 1991

Convention africaine sur la « conservation de la nature et des ressources humaines » (version révisée) de 2003.

Convention de l'Union africaine sur la « prévention et la lutte contre la corruption », 2003

« Charte africaine sur la démocratie, les élections et la gouvernance », Addis-Abéba, 2007.

-Commission de l'Union africaine Département des Affaires économiques Projet Code Panafricain D'investissements Addis-Abéba Ethiopie, Décembre 2016.

UA-BAD-CEA « Cadre et lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique », Addis-Abéba(Ethiopie) Septembre 2010.

Union Européenne :

Traité sur l'Union européenne Fait à Maastricht(Pays-Bas), le sept février de l'an mil neuf cent quatre vingt-douze 1992.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne Fait à Rome(Italie), le vingt-cinq mars mil neuf cent cinquante-sept. 1957.

UE-12 juin 2013- Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en Mer et modifiant la Directive 2004/35/CE(J.O.L 178, 28 juin 2013)

-30 mai 1994- Directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures (J.O. L164, 30 juin 1994)

Communauté Economique Européenne Direction Générale du développement de l'Outre-Mer Direction des études du développement « Codes des investissements des États africains et Malgache associés à la CEE», Bruxelles, avril 1986.

3) TEXTES BILATERAUX D'INVESTISSEMENT

Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et Le Gouvernement de la République Gabonaise portant sur la promotion et la protection des investissements (signé à Libreville le 21 juin 2004).

Accord entre le Sénégal et la Malaisie portant sur la promotion et la protection des investissements, signé à Montego Bay (Jamaïque), le 10 février 1999

Accord entre l'Allemagne et la Guinée relative à la promotion et à la protection mutuelles des investissements Fait à Berlin, le 8/11/2006

Accord entre le Sénégal et la Turquie portant sur la promotion et la protection réciproques des investissements, signé à Ankara (Turquie), le 15 juin 2010.

Accord entre la Guinée et la Cote d'Ivoire sur la promotion et la protection réciproque des investissements Fait à Bruxelles le 18/05/2001.

Accord entre le Maroc et le Sénégal portant sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Dakar, le 15 novembre 2006.

Accord entre la France et le Nigéria portant sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Paris le 27 février 1990.

Accord entre l'Argentine et le Sénégal portant sur l'encouragement et la protection des investissements, signé à Dakar, le 6 avril 1993.

Convention entre la France et le Nigéria en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur les gains en capital (ensemble un protocole), signé à Paris le 27 février 1990 (J.O) du 19 juillet 1991.

Accord entre l'Algérie et le Nigéria sur la promotion et la protection réciproques des investissements, signé à Abuja (Nigéria), le 14 février 2002.

Accord entre le Sénégal et l'Espagne sur la promotion réciproques des investissements, signé le 22 novembre 2007, à Dakar.

Accord entre le Maroc et le Nigéria portant sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Abuja le 3 décembre 2016.

Accord entre le Sénégal et la France sur la promotion et la protection réciproques des investissements, signé à Dakar, le 26 juillet 2007.

Accord entre la Guinée et l'Afrique du Sud sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Fait à Prétoria, le 25 septembre 2007.

Accord entre le Sénégal et le Koweït sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, Fait à Dakar, le 2 février 2012.

Accord entre le Sénégal et l'Ile Maurice sur la promotion et la protection réciproques des investissements, signé à Port Louis, le 14 mars 2002.

Accord entre le Qatar et le Sénégal relatif à la promotion et à la protection des investissements, signé à Dakar, le 10 juin 1998.

Accord entre l’Egypte et le Sénégal portant sur la promotion et la protection des investissements, signé, à Dakar, le 05 mars 1998.

Accord entre le Sénégal et l’Afrique du Sud, sur la promotion et la protection des investissements, signé à Dakar, le 19 juin 1998.

Accord entre le Canada-Nigéria sur la promotion et la protection des investissements, signé le 5 mai, 2014, à Abuja au Nigéria.

Accord entre l’Italie et le Sénégal pour la promotion et la protection des investissements, signé le 13 octobre 200, à Dakar

Accord entre le Sénégal- l’Inde portant sur la promotion et la protection des investissements, signé à Dakar, le 3 juillet 2008.

4) TEXTES INTERNATIONAUX :

- TEXTES et DOCUMENTS DES NATIONS-UNIES :

ONU-Charte des Nations-Unies 26 juin 1945.

ONU-Statut de la Cour International de Justice du 26 juin 1956.

ONU-Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

ONU- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

ONU- Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

ONU- « Declaration finale de la Conférence des Nations-Unies de 1972 sur l’environnement.

ONU- Conférence du 23 novembre 1972 pour la « protection du patrimoine mondial culturel et naturel »

ONU- Convention de Vienne du 23 aout 1978 sur la succession d’Etats en matière de traités

ONU- Convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre États et Organisations internationales ou entre Organisations internationales

ONU- Convention-Cadre des Nations-Unies du 9 mai 1992 sur les changements climatiques

ONU- Déclaration de Rio de 1992 sur l’environnement et le développement

ONU- Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 à la Convention- cadre sur les changements climatiques

ONU Résolution 56/83 de l'AGNU du 12 décembre 2001 de la CDI sur la « Responsabilité de l'Etat pour fait international illicite ».

ONU, AG, Commission Spécial de la Sixième session extraordinaire, du 10 avril au 1^{er} Mai 1974(DOC.A/AC.166/SR)

ONU, AG, DOC. Of AG, XVII^eséssion, 2^eCommission,DOC.A/C.2/SR.842

ONU, AG, DOC.Of. AG, XXIX^eséssion ,2^eCommission, DOC.A /C.2/SR.1638

ONU, AG Résolution 523(VI) du 12 janvier 1952 portant « Développement économique intégré et accords commerciaux »

ONU, AG Résolution 626(VII) du 21 décembre 1952 portant « Droit d'exploiter librement les richesses et les ressources naturelles »

ONU, AG, Résolution 1803(XVII), du 14 décembre 1962 portant « Souveraineté Permanente sur les Ressources Naturelles »

ONU, AG, Résolution 3201(S-VI), du 1^{er} mai 1974 portant « déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international »

ONU, AG, Résolution 3281(XXIX), du 12 décembre 1974 portant « charte des droits et devoirs économiques des États »

ONU, AG Résolution 35/36 sur « les stratégies de développement des années 1980 »

ONU, Code de conduite, « Report on the International Working Group on a Code of Conduct on its Fifth, Sixth and Seventh Sessions », Doc.E: C.10/46.

ONU, Commission des Sociétés Transnationales, "Achèvement de l'élaboration du code de conduite des Nations-Unies sur les Sociétés transnationales : questions en suspens », Doc.,E/C.10/1984/5/5,du 29 mai 1984.

ONU, Commission des Sociétés Transnationales, « Les Sociétés Transnationales dans le développement mondial, un réexamen »,Doc,E/C.10/38,1978(cité Nations-Unies Transnationales)

ONU, Commissions des Sociétés Transnationales, « Completion of the formulation on the Code of Conduct on Transnational Corporation, Informations Papers of the négociations by the Secretariat », session spécial du 7 au 18 mars et du 9 au 20 mai 1983, Doc.E/C.10/1983/S/2,reprduit in ILM 1983.

OPEP, Conférence, Résolution XVI.90, du 25 juin 1968, ILM 1968

OPEP, Service de l'information, Selected Document on the International Petroleum Industry, Vienne dès 1967.

FAO, FIDA & PAM : « Principes pour un investissement responsable dans l'agriculture et les systèmes alimentaires », 15 octobre 2014.

ONU- Declaration finale de RIO+20 de 2012 « L'Avenir que nous voulons tous »

ONU- Accord de Paris du 12 décembre 2015 sur le climat.

IV) : COLLOQUES, RAPPORTS, ET ETUDES :

SFDI : Colloque de Lyon « La juridiction internationale permanente. Ed A Pédone Paris 1987 436 p.

SFDI : colloque du Mans « La responsabilité dans le système international » Ed A Pédone Paris 1991 338 p

SFDI : colloque du Québec « Perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique » Ed A Pédone 1993 206 p

SFDI : Colloque de Nancy « L'Etat Souverain à l'aube du XXIe siècle Ed A Pédone Paris, 1994 315 p.

SFDI : Colloque de Nice « La Réorganisation Mondiale des échanges » Ed A Pédone Paris 1996 337 p.

SFDI : Colloque de Strasbourg « La Protection des Droits de L'Homme et l'Evolution du Droit International » Ed A Pédone Paris 1998 307 p.

SFDI : Colloque d'Aix en Provence « La Codification du Droit International » Ed A Pédone Paris 1999 329 p.

SFDI : Colloque de Bordeaux « Droit International et Droit Communautaire Perspectives Actuelles » Ed A Pedone Paris 2000, 445p

SFDI : Colloque de Lille « La Juridictionnalisation du Droit International » Ed A Pédone Paris 2003 529 p.

SFDI : Colloque du Mans « Le Sujet en Droit International » Ed A Pédone Paris 2005 169 p.

SFDI : Colloque de Rennes « Les Compétences de l'Etat en Droit International » Ed A Pédone Paris 2006 318 p.

SFDI : Colloque de Nanterre « La Responsabilité de protéger » Ed A Pédone Paris 2008 358 p.

SFDI : Journée Franco-Allemande « Droit International et Diversité des Cultures Juridiques » Ed A Pédone Paris 2008 469p

SFDI : Colloque d'Aix en Provence « Le Droit International face aux enjeux environnementaux Ed A Pedone 2010 486 p.

SFDI : Colloque de Lyon « Droit international et développement », Paris, éd. A. Pedone, 2015 499p.

SFDI : Colloque de Paris 8 St-Denis « L'entreprise multinationale et le droit international », Paris, éd. A. Pedone, 2017. 522p.

Conseil d'Etat Français, Colloque « Les Agences : une nouvelle gestion publique ? le 19 octobre 2012 à l'Ecole nationale d'administration, Paris, éd. La Documentation française, 2013, 140p.

UA-N-U : « Vision du Régime minier de l'Afrique », Conférence des ministres africains responsables pour le développement de ressources minérales Première session ordinaire 13-17 octobre 2008 Addis Abeba(Ethiopie), 52p.

Institut Royal des études stratégiques : Rapport général de l'étude thématique « Les relations Maroc-Afrique : les voies d'une stratégie globale et renouvée », novembre 2012, 125p.

Cabinet Rolland Berger « Investir en Afrique mythe et réalités », Mars 2017, 36p.

CNUCED :

CNUCED: "latest développements in Investor-state dispute settlement", n°1, mars 2011, 16p

CNUCED: "Recents development in investor-State Dispute Settlement", n°1 mai 2013, 36p.

International law Association, first Report of the Toronto Conférence on the International law of Foreign investment, 2008, accessible sur le site <http://www.ilahq.org/en/committees/index.cfm/cid/1015,27p>.

CNUCED: "Attirer les investissements étrangers directs dans les pays en développement: la contribution des Accords internationaux d'investissement", Nations-Unies N-Y & Genève, 2009, 128 p.

CNUCED: "An investment to Mali: Opportunités and conditions", 68p. UNCTAD/ITE/IIA/2004.

CNUCED: "Définitions des règles Internationales en matière d'investissement: état des lieux, défis à relever et perspectives", Nations-Unies, N-Y & Genève, 2008, 95p.

CNUCED: "Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement", Nations-Unies, N.Y. & Genève, 2008, 83p.

BANQUE MONDIALE:

Baum C. Worren Tolbert M. Stokes "Investir dans le développement Leçon de l'expérience de la Banque mondiale" B.M. éditions economica, 1985

B.M –SFI, DB 2018 “Reforming to create jobs”, 15e edition, 312p.

B.M. Doing Business Rapport 2017 “égalité des chances pour tous” 14e edition, 60 p.

B.M –SFI Doing Business Rapport 2016 “Mesure de la qualité et de l’efficience du cadre réglementaire “, 13e edition, 68p.

B.M.-SFI Doing Business Rapport 2015 “Au delà de l’efficience”, 12e edition, 331p.

B.M-SFI Doing Business Rapport 2014 “Comprendre les reglementations pour les petites et moyennes entreprises”, 11e edition, 44p.

B.M. –SFI Doing Business Rapport 2013, “Des reglementations intelligentes pour les Petites et moyennes entreprises”, 10e edition, 36p.

B.M. – SFI Doing Business Rapport 2012 “entreprendre dans un monde plus transparent”, 9e edition, 36p.

B.M.-SFI Doing Business Rapport 2011 “Agir pour les entrepreneurs”, 8e edition, 26p.

B.M.-SFI Doing Business Rapport 2010, “Reformer en période difficile”, 7e edition, 26p.

B.M.-SFI Doing Business Rapport 2009, 6e edition, 209p.

B.M.-SFI Doing Business Rapport 2008, 209p. 5e edition.

B.M.-SFI Doing Business Rapport 2007 “Comment reformer”, 4e edition, 200p.

B.M.-SFI Doing Business Rapport 2006 “Creating jobs”, 3e edition, 196p.

B.M.-SFI Doing Business Rapport 2005 “Renoving obstacle to growth”, 2e edition, 161p.

B.M.-SFI “Understanding regulation”, 1er edition, 211p.

B.M.-SFI Doing Business Rapport 2007 “Comment reformer “, 200p.

OCDE:

OCDE: “Investir en Asie”, Sd Oman (Ch.), Brooks (H.) Foy (G.), OCDE, 1997, 261p.

OCDE: “Promouvoir l’investissement direct étranger dans les pays en développement”, OCDE, 1993, 96p.

OCDE: “Investir dans les zones franches industrielles d’exportation” Bosile (A.) et Germidis , OCDE, 1984, 92p.

OCDE: “Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers? Une étude de la concurrence entre Gouvernements”, OCDE 2000, 148p.

OCDE: "Etudes économiques de l'OCDE Afrique du Sud" OCDE Publication, Paris, Juillet 2015, 62p.

VII): JURISPRUDENCE

A) Cour permanente de justice internationale

- paiement de divers emprunts Serbes en France, arrêt n°14 du 12 juillet 1929, Série A n°20-21, p.5
- paiement en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France ; arrêt n°15 du 12 juillet 1929, Série A n° 20-21
- Usine de Chorzów, arrêt du 13 septembre 1928, série A, n°17
- Zones franches de Haute-Savoie et du pays du Gex, arrêt du 7 juin 1932, série A/B ; n°46

B) Cour internationale de justice

- Activités armées sur le territoire du Congo(RDC) Ouganda), arrêt du 19 septembre 2005, CIJ recueil 2005,
- Barcelona traction, light and power Company, limited, arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970,
- Detroit de Corfou (Royaume-Uni Albanie), fixation du montant des réparations du 15 décembre 1949, CIJ Recueil 1949
- Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) arrêt du 6 avril 1955, CIJ Recueil 1955
- Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie), mesures conservatoires, ordonnances du 11 septembre 1976, CIJ recueil 1976
- Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine Uruguay), ordonnance en mesures conservatoires du 13 juillet 2006, CIJ Recueil 2006

c) CIRDI arbitrages investisseur-Etat

CIRDI 1992 « Holidays Inns S.A, Occidental Petroleum C Royaume du Maroc décision du 2 juillet 1972 « Affaire n° ARB/72/1

CIRDI 1974 : « Adriano Gardella SPA C République de Côte D'Ivoire sentence du 29 août 1977 » « Affaire n° ARB/74/1 »

CIRDI 1976 : « République Gabonaise C Société Sérété » « Affaire n°ARB/76/1 »

CIRDI 1977 : « Agip SPA C République Populaire du Congo » « Affaire n° ARB/77/1 »

CIRDI 1977 : « SARL Benvenuti et Bonfant C République Populaire du Congo » Affaire n°ARB /77/1

CIRDI 1978 « Société Sérété c. République du Gabon »Aff.N°ARB/76/1 solution à l'amiable le 27 février 1978.

CIRDI 1978 : « Guadalupe Gas Product Corporation C Gouvernement Militaire de la République Fédérale du Nigéria sentence du 22 juillet 1980 « Affaire n°ARB/78/1 »

CIRDI 1981 : « Klochner Industrie-Aulagen GmbH, Klochner Belge SA et Klochner Handelsmaatschpppy c République Unie du Cameroun et Société Camerounaise des engrais(SOCAME) » sentence du 21 octobre 1983 « Affaire n° ARB/81/2

CIRDI 1982 : « SOABI C République du Sénégal » décision du 1^{er} aout 1984 sur la compétence « Affaire n° ARB/82/1

CIRDI 1983 : « SEDITEX Engineering Berantungsgesellschaft Funde Textilingustrie Mbhc c Gouvernement de la République Démocratique de Madagascar- conciliation-“Affaire n°conc/82/1

CIRDI 1983 : « Liberian Eastern Timber Corporation(LETCO) c Gouvernement de la République du Libéria sentence intérimaire du 24 octobre 1984 « Affaire n°ARB/83/2/

CIRDI 1984 : « Atlantique Triton Company Limited C République Populaire Révolutionnaire de Guinée sentence du 21 avril 1986. « Affaire n°ARB/84/1

CIRDI 1984 : « Southern Pacific Properties (Middle East) Limited(SPP)C République Arabe d’Egypte décision du 27 novembre 1985 sur la compétence « Affaire n°ARB/84/3/

CIRDI 1984 : « Maritime International Nominees Establishment(MINE) c république de Guinée » Décision 04 décembre 1985 sur la demande des mesures provisoires, sentence du 6 juin 1988 « Affaire n°ARB/84/4

CIRDI 1986 : « Dr Graith R Pharaons c République de Tunisie »décision du 22 mai 1987 sur la demande des mesures provisoires « Affaire n°ARB/86/1

CIRDI 1987 : « Société d’études de travaux et de gestion setineg SA C République Gabonaise « Affaire n°/ARB/87/1

CIRDI 1989 : « Manufacturers Hanover Trust Company C République Arabe D’Egypte et Autorité Générale Pour l’Investissement et les zones Franches » « Affaire n°ARB/89/1/

CIRDI 1992 : « Vaccum Salt Products, LTD C Gouvernement de la République du Ghana décision du 14 juin1993 sur la demande de mesures provisoires, sentence du 16 février 1994 sur la compétence (Affaire n°ARB/92/1

CIRDI 1993 : « Américan Manufacturing et Trading, INC C République du Zaïre » Sentence du 21 février 1997(Affaire n°ARB/93/1

CIRDI 1994 : « Seditex Engineering Beratungsgesellschaft fur die Textilindustrie Mbhc C République de Madagascar (Affaire n° ARB/93/1)-Conciliation

CIRDI 1995 : « Antoine Goetz et Consorts C République du Burundi » décision du 2 septembre 1998, Sentence du 10 février 1999 (Affaire n°ARB/95/3)

CIRDI 1997 : « Société d’Investigation de recherche et d’Exploitation Minière C Burkina Faso Sentence du 19 février 2000(Affaire n° ARB/97/1

CIRDI 1997 : « Société Kufpec(Congo) Limited c république du Congo » (Affaire n°ARB/97/2) Ordonnance de désistement rendue à la demande des parties suite à l'accord du 3 mai 2001.

CIRDI 1997 : « Compagnie Française pour le Développement des Fibres Textiles C République de Côte D'Ivoire » Sentences du 4 avril 2000 incorporant le règlement à l'amiable intervenu entre les parties (Affaires n° ARB/97/8/

CIRDI 1998 : « International Trust Company of Libéria C République du Libéria »Ordonnance du tribunal du 24 juillet 2002 mettant fin à l'histoire d'arbitrage pour défaut de paiement des frais. (Affaire n° ARB/98/3/

CIRDI 1998 : « WENA Limited C. République Arabe d'Egypte » (Affaire n°ARB/98/4/

CIRDI 1998 : « Bouro Américan Resources, INC et Société Aurifère du Kivu et du Maniema SARL C République Démocratique du Congo »Sentence du 1^{er} septembre sur la compétence (Affaire n°ARB/98/7/

CIRDI 1998: « Tanzanie Electric Supply Company Limited C Indépendant Power Tanzania Limited » (Affaire n°ARB/98/8)

CIRDI 1998 : « Antoine Goetz et consorts c. république du Burundi », affaire CIRDI n° ARB/95/03/. . Décision interimaire du 2 septembre 1998. Sentence du 10 février 1999

CIRDI 1999 : “ Alimenta S.A. C République de Gambie” Ordonnance du tribunal du 3 mai 2001 prenant Note du désistement de l'instance d'arbitrage (Affaire n°ARB/99/5

CIRDI 1999: « Middle East Cement Shipping and Handling co,SA C République Arabe D'Egypte Sentence du 12 avril 2002 (Affaire n°ARB/99/6)

CIRDI 1999 : « Patrick Mitchell C République Démocratique du Congo »Sentence du 9 février 2004(Affaire n°ARB/99/7)

CIRDI 2000 : « Salini Constructtori S.P.A et Italstrad S.P.A. C Royaume du Maroc » décision du 16 juillet2001 sur la compétence (Affaire n°ARB/00/4

CIRDI 2000 : « Consortium R.F.C.C. C Royaume du Maroc »décision du 16 juillet 2001 sur la compétence (Affaire n°ARB/00/6

CIRDI 2000: « World Duty Free Company Limited C République du Kenya” (Affaire n°ARB/00/7

CIRDI 2000 : “ Ridgepointe Overseas Developments, LTD C RDC et Général des carriers et des mines” (Affaire n°ARB/00/8.

CIRDI 2001 : « Antoine Goetz et Autres C République du Burundi »(Affaire n°ARB/01/2

CIRDI 2001 : « Société D'Exploitation des Mines d'Or de Sadiola, SA(SEMOS) C République du Mali »sentence du 25 fevrier 2003.(Affaire n°ARB/01/5

CIRDI 2002 : « Lafarge C République du Camérout » Ordonnance du SG du 13 juin 2003 prenant note du désistement de l'instance d'arbitrage (Affaire n°ARB/02/4)

CIRDI 2002: « Ahmonseto, INC, E et D Industrial California Overseas Company of América, ABM et CO, INC, Adel Talebagha, Aida Talebagha, Hala Talebagha et badie Talebagha C République Arabe'Egypte » Ordonnance de procédure n°2 du 10 octobre 2003 sur les mesures provisoires.(Affaire n°ARB/02/15

CIRDI 2003 : « TG World Petroleum Limited C République du Niger » (Affaire n°Conc/03/1

CIRDI 2003 : « Consortium Groupement Lesi-Dipenta C Algérie » (Affaire n°ARB/03/3

CIRDI 2003 : « Joy Mining Machinery Limited C République Arabe D'Egypte »(Affaire ARB/03/11

CIRDI 2003 : « Miminco LLC et Autres C. République Démocratique du Congo (Affaire n°ARB/03/14

CIRDI 2004 : « Compagnie d'Exploitation du chemin de fer Transgabonais C République Gabonaise (Affaire n°ARB/04/5)

CIRDI 2004 : « Russell Ressources International Limited et Autres C RDC (Affaire n°ARB/04/11)

CIRDI, « LESI SpA & Astaldi SpA c. Algerie, aff.n°ARB/05/3, sentence du 12 juillet 2006.

CIRDI 2002 : « ABCI Investments N.Y. et Diedging International N.V. C République Arabe D'Egypte (Affaire n°ARB/04/13).

CIRDI, « Victor Pey Casado & Fondation président Allende c. Chili, », aff.n°ARB/98/2/, sentence du 8 mai 2008.

CIRDI « Biwater Gauff (Tanzania) LTD c. république Unie de tanzanie », Affaire CIRDI n°ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008.

CIRDI « Bernardus henricus Funnekotter et autres C. Zimbabwe », affaire CIRDI n°ARB/05/6, sentence du 22 avril 2009.

CIRDI, « Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd, Mobil Venezolano de petroleos Holding, Inc, Mobil Cerro Negro, Ltd, and Mobil Venezolano de Petrolesos, Incc.Venezuela, aff.n°ARB/07/27, décision sur la compétence du 10 juin 2010

CIRDI, « Gustav F.W. Hamster GmbH & Co KG c. Republique du Ghana, aff.n°ARB/07/20, sentence du 18 juin 2010.

CIRDI, « Abacat et autres c. République d'Argentine », aff.n°ARB/07/5, décision sur la compétence et la recevabilité du 4 aout 2011.

CIRDI 2011, « Malincorp limited c. Egypte », aff.n°ARB/08/18, sentence du 7 février 2011.

CIRDI 2012 sentence du 5 octobre 2012 Occidental petroleum Corporation and Occidental Exploration and production Company v. The Republic of Ecuador, affaire cirdi n°ARB/06/11 (décision sur les mesures provisoires du 27 août 2007)

. Sentences du 5 octobre 2012

. Opinion dissidente de l'arbitre B. Stern du 20 septembre 2012.

CIRDI 2012, « Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan fosk Kaplun c. Etat Plurinational de Bolivie, Aff.n°ARB/06/2, décision sur la compétence du 27 septembre 2012.

CIRDI, « Philip Morris Brands SARL, Philips Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. Uruguay », aff.n°ARB/10/7, décision sur la compétence du 2 juillet 2013.

CIRDI, « Border Timber limited and others c. Republique of Zimbabwe », aff.n°ARB/10/25, décision rendue le 28 juillet 2015.

CIRDI, « M. Joseph Houben c. La République du Burundi », Aff.n°ARB/13/17 sentence du 12 janvier 2016.

CIRDI, « Antoine Abou Lahoud & Leila Bounafteh Lahoud c. La Republique Démocratique du Congo », aff.n°ARB/10/4, décision sur la demande en annulation de la R.D.C., le 29 mars 2016.

CIRDI, « Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Republic of Uruguay », Aff.n°ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016.

CIRDI, « Getma international, NCT Necotrans, Getma International Investissements, NCT infrastructures et logistique c. la République de Guinée », aff.n°ARB/11/29 sentence du 16 août 2016.

CIRDI, « Menzies Middle east and Africa S.A. & Aviation Handling Services International Ltd c. Republique du Sénégal », aff.n°ARB/15/21 sentence du 5 août 2016.

CIRDI, « Standard chartered Bank(Hong-Kong) limited c. Tanzania electric supply company limited(TANESCO) », aff. n°ARB/10/20, sentence du 12 septembre 2016.

CIRDI, « African petroleum Sénégal limited c. République du Sénégal », aff n°ARB/18/24 enregistré par le Secrétaire général du CIRDI le 11 juillet 2018.

VIII) : LIENS INTERNET Sites officiel d'Organisations Internationales

African Union : <https://www.african-union.org>

BAD : <https://www.afdb.org>

BOAD : <https://www.boad.org>

BRVM : <https://www.brvm.org>

BIRD : <https://www.worldbank.org>

Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : <https://www.ohada.org>

Commission économique des N-U pour l'Afrique : <https://www.uneca.org>

CEDEAO : <https://www.ecowas.int> ; www.CEDEAO.org

Cour international de justice : <https://www.icj-cij.org>

CIRDI : <https://icsid.worldbank.org>
CNUCED : <https://www.unctad.org>
FAO : <https://www.fao.org>
Mécanisme africain d'évaluation par les pairs : <https://www.maep-ua.org>
MIGA : <https://www.miga.org>
OCDE : <https://www.oecd.org>
OMC : <https://www.wto.org>
ONU : <https://www.un.org>
ONUDI : <https://www.unido.org>
OPEP : <https://www.opec.org>
Processus de Kimberley : <https://www.kimberleyprocessus.com>
PNUD : <https://www.undp.org>
SFDI : <https://www.sfdi.org>
SFI : <https://www.ifc.org>
UEMOA : <https://www.uemoa.int>
Union européenne : <https://www.europa.eu.int>

Annexes

- 1- Directive mines CEDEAO**
- 2- UEMOA : Code minier communautaire**
- 3- Code des investissements de la Côte d'Ivoire**

Tables des matières

DEDICACES.....	3
REMERCIEMENTS	4
Sommaire	5
SIGLES ET ABREVIATIONS	7
PROPOS LIMINAIRES.....	9
AVERTISSEMENTS.....	10
Introduction générale.....	11
I- Les Investissements directs étrangers en Afrique de l'ouest : prolégomènes.	11
A- Importance de l'investissement étranger dans les pays d'Afrique de l'ouest et les différentes approches explicatives.....	11
1- Les explications économétriques	12
2- Approche géoéconomique des investissements directs étrangers en Afrique de l'ouest 14	
3- Approche liée à la petite entreprise.....	19
B- La géographie des IDE : un phénomène mondial et pas uniquement africain	20
C- Comportement des pays d'Afrique de l'ouest vis-à-vis de la protection de l'investissement étranger.....	22
II- Précisions terminologiques	25
A- La notion de protection	25
B- Investissement direct étranger	27
C- Pays en développement.....	31
III- Problématique.....	32
A- Intérêt théorique et doctrinal particulier.....	34
B- Intérêt actuel et dynamique.....	39
V- Méthodologie et délimitation.....	40
A- Cadrage d'étude	40
1- Le cadrage spatial	40
2- Le cadrage temporel.....	41
B- Méthode d'analyse.....	43
1- L'approche documentaire	43
2- L'approche par questionnaire	45
3- L'approche de l'observation directe.....	46
Première partie : La protection juridique individualisée et internationalisée des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest	48

Titre 1 : Les marqueurs de la dualité entre l'héritage Tiers-mondiste et la volonté de pragmatisme à l'échelle universelle	52
Chapitre 1 : Un marqueur de la protection des investissements étrangers dans les pays d'Afrique de l'ouest : l'héritage Tiers-mondiste.	56
Section 1 : Les expropriations d'investissement : volonté de correction des injustices économiques héritées de l'indépendance.	58
Paragraphe 1 : La licéité des expropriations fondées sur des considérations morales et d'équité	59
A : L'élément relatif à la bonne foi, la sécurité et l'intérêt national comme fondement des expropriations	59
1) La signification du principe de bonne foi en droit international.....	59
2) L'application du principe dans les pays d'Afrique de l'ouest	61
B : L'élément relatif à la légitimité, à l'utilité publique et à la justice économique comme fondement des expropriations.....	64
1) Des éléments fondateurs des expropriations	64
2) L'application des principes la justice économique et intérêt général dans les nationalisations dans le tiers monde.....	66
Paragraphe 2 : La licéité des expropriations fondées sur un argumentaire juridique	70
A : Un droit légitime limité par des engagements internationaux.....	70
1) Les clauses de droit international à cet effet	70
2) Les clauses relatives à la non-discrimination à cet effet	72
B : Un droit légitime limité par des risques juridiques et financiers de l'arbitrage Etat-investisseur	74
1) Les risques juridiques du pouvoir d'expropriation.....	75
2) Les risques financiers d'exproprier : le problème des indemnisations intégrales	76
Section 2 : dilemme entre La tentative de reprise des principes du droit international du développement et l'adhésion libérale-interventionniste dans les régimes de protection interne	78
Paragraphe 1 : Les bases juridiques onusiennes des concepts	79
A : Le fondement légitime de la politique de protection des ressources naturelles	79
B : La signification progressiste des règles et principes contenus dans ces instruments	81
Paragraphe 2 : Le droit au développement : un concept non opératoire en matière d'investissement.....	83
A : Les limites juridico-politiques d'un droit mou et non-contraignant	83
B : Les objections et les réserves de la part de sujets de droit international.....	84
Paragraphe 3 : L'adhésion libérale-interventionniste des instruments juridiques internes de protection : les codes d'investissement après l'indépendance des pays d'Afrique de l'ouest. 88	

A : L'instauration d'un régime étendu de privilèges	88
1) La nature diversifiée des avantages au plan fiscal	89
2) La pratique des investissements par les conventions d'établissement	90
3) Le régime des entreprises et secteurs prioritaires.....	92
B : Des instruments juridiques limités et ineffectifs.....	94
1) Absence de dispositions concernant le régime des changes	94
2) La non allusion aux régimes juridiques des nationalisations-expropriations	95
3) Consécration abusive de l'arbitrage comme unique solution de règlement des différends	97
Conclusion du chapitre 1 :	98
Chapitre 2 : Le pragmatisme pour la protection : l'adhésion aux instruments universels de protection des investissements étrangers	100
Section 1 : L'adhésion à la convention CIRDI du 18 mars 1965 créant l'arbitrage d'investissement internationalisé	102
Paragraphe 1 : L'acceptation sans réserve de la convention de Washington créant le CIRDI	103
A : Des pays parmi les premiers États contractants de la convention	103
1) Le comportement étrange de l'Afrique de l'ouest envers la convention CIRDI	104
2) La position différente d'autres pays en développement envers la convention.....	105
B : L'arbitrage CIRDI une garantie multiple pour l'accueil des investissements	108
1) Un moyen de garantie sécuritaire pour l'investisseur	108
2) Le dessaisissement du juge interne : une garantie de reconnaissance internationale de la sentence.....	110
3) Une garantie quant au droit applicable au fond du litige	112
Paragraphe 2 : La considération néanmoins méfiante du mécanisme d'arbitrage investissement.....	115
A : La philosophie juridique particulière de l'arbitrage	115
1) Le soupçon de partialité en faveur de l'investisseur	116
2) Les problèmes de souveraineté posés par cet instrument	118
3) La technicité et la diversité des procédures.....	120
B : Les autres motivations de la réserve envers l'arbitrage	122
1) Un mécanisme cher et coûteux pour ces pays.....	122
2) Les risques liés à la transparence de la procédure et de la sentence	124
3) La contestation de l'arbitrabilité des litiges : l'argument de l'incompétence du CIRDI	127
Section 2 : L'adhésion aux instruments internationaux de garantie et de promotion internationale	130

Paragraphe 1 : La convention de Séoul de 1985 créant l'AMGI : une vision de la protection de l'investissement favorable aux pays de la région.....	132
A : Par l'approche originale du concept d'investissement	132
1) La garantie : une pratique réservée aux investissements utiles au développement..	132
2) Le développement une conception extensive dans la convention de Séoul	134
B : par l'approche de la couverture sécuritaire bénéfique pour ces pays	136
1) La couverture des risques à caractère politique dans ces pays	136
2) La couverture des risques à caractère juridique	138
3) La couverture des risques à caractère financier dans ces pays	141
Paragraphe 2 : La convention de Séoul de 1985 : une vision de la garantie favorable aux pays d'Afrique de l'ouest	143
A : A travers l'aide à la sécurisation de l'environnement juridique de l'investissement	143
1) L'Agence : une structure d'incitation et de promotion de l'investissement dans ces pays.....	143
a- A travers les investissements admissibles.....	143
b- A travers les investisseurs admissibles.....	145
2) Une structure d'aide à la sécurisation du climat juridique de l'investissement	146
a- Par la promotion de l'investissement.....	146
b- Par la coopération avec les autres assureurs privés	148
B : A travers l'impact socio-économique des projets d'investissement garantis.....	149
1) Le bilan de la garantie en matière de projets de développement	150
1) Les limites de l'instrument AMGI dans les pays d'Afrique de l'Ouest.....	151
a. L'équation majeure du risque politique et sécuritaire	151
b. L'ampleur des besoins et la faiblesse de la garantie-des investissements	153
c. Les perspectives de la garantie AMGI- contre les risques en Afrique de l'ouest	155
Conclusion du chapitre 2 :	157
Conclusion du Titre 1.....	158
Titre 2 : L'attraction finale du développement vers et à par la protection juridique des investissements étrangers par les instruments nationaux et bilatéraux	160
Chapitre 1 : Les instruments juridiques nationaux de la protection : les codes des investissements et sectoriels	162
Section 1 : Des instruments juridiques aux contenus internationalisés	163
Paragraphe 1 : Définitions, objectifs et champ d'application prévus par ces instruments	164
A : Les définitions de l'investisseur et de l'investissement protégées dans ces instruments	165
1) L'investisseur étranger : un acteur au statut sur protégé ?	165

2) La distinction entre les différentes formes d'investissement	167
a- L'exclusion des investissements de portefeuille	167
b- La préférence pour les investissements durables	169
3) Des Investissements soumis au régime de la déclaration préalable.....	170
B : Les objectifs de préoccupation développementaliste affirmés par ces instruments de protection.....	172
1) L'identité de vue en matière de promotion des investissements.....	172
2) La recherche du modèle de partenariat égalitaire : les joint-ventures ?	175
a- Un modèle d'investissement historiquement marginalisé en Afrique de l'ouest.....	175
b- Les difficultés liées à la mise en œuvre pratique de joint venture: la complexité contractuelle.....	176
c- La nécessité d'en faire une modalité d'entrée des investissements protégés ...	177
3) La réaffirmation du transfert de technologie.....	179
a- La consécration textuelle du principe en matière de protection.....	179
b- L'actualité d'une veille revendication des pays d'Afrique de l'ouest.....	181
c- Les limites et les obstacles liés au transfert de technologie	183
C : Le champ d'application du régime des privilèges prévus par ces instruments juridiques nationaux.....	184
1) Les secteurs d'activités couverts par le champ d'application	184
a- L'éligibilité de l'investissement liée aux secteurs d'activités économiques.....	184
b-L'éligibilité liée au montant des investissements	186
2-Les secteurs exclus des bénéfices prévus par ces instruments	188
a- Les activités liées aux secteurs commerciaux	188
b- Les activités spécifiquement réglementées	189
Paragraphe 2 : Les systèmes d'agrément des investissements prévus par les instruments nationaux.....	190
A : La procédure et les privilèges pour les entreprises agréées.....	190
1) La procédure.....	190
a- Le contenu de la demande d'agrément	191
b- Les pouvoirs de l'administration dans l'octroi de ce titre	192
2) Le régime des privilèges pour l'investisseur agréé.....	193
a- Le champ d'application du régime des privilèges	193
b- La diversité des avantages selon les pays.....	194
i- Les avantages généraux selon les pays	194
ii- Les avantages spécifiques : le cas du Mali et du Burkina	196

B : La durée de l'agrément	197
1) La période d'installation de l'investisseur	197
2) La période d'exploitation de l'investissement	199
C : Les obligations et les sanctions pour les investisseurs agréés	200
1) Les obligations de l'investisseur agréé	200
2) Les sanctions prévues en cas de manquement	202
a- L'avertissement	202
b- Le retrait total de l'agrément et ses conséquences	203
Section 2 : La recherche substantielle de sécurisation juridique des investissements étrangers à travers les codes	204
Paragraphe 1 : Les obligations juridiques impliquées par l'investissement agréé.....	205
A : Les obligations de protection par l'Etat d'accueil des IDE agréés.....	205
1) Le respect du droit de propriété : restriction des nationalisations.....	205
2) La garantie de disponibilité en devises	207
3) La liberté en matière de transfert de capitaux et de bénéfices	208
a- Une consécration textuelle dans tous les pays	208
b- Une pratique conditionnée en Côte d'Ivoire	209
4) Les garanties contre les discriminations	210
B : Les obligations de l'investisseur agréé à l'égard de l'Etat d'accueil.....	212
1) Le respect du cadre législatif national et l'ordre public	212
2) La protection des consommateurs : les normes sanitaires et environnementales	213
3) La promotion du recrutement des « nationaux » en matière d'emploi	214
4) Le cas spécifique de la Côte d'Ivoire et de la Guinée en matière de lutte contre la corruption.....	216
Paragraphe 2 : Les pratiques diverses d'incitations fiscales accordées aux investissements étrangers	217
A : Le régime des avantages fiscaux durant les investissements	217
1) Un régime octroyé aux investissements nouveaux et productifs	217
2) Les privilèges fiscaux accordés durant les phases de l'investissement.....	219
a- Durant la phase de réalisation de l'investissement	219
b- Durant la phase d'exploitation de l'investissement	220
3) Le régime des projets d'activité nouvelle et d'extension d'investissement	222
4) Le cas des dispositions spécifiques aux PME prévu par la Cote d'Ivoire et du Bénin et du Niger	223
B : Le régime d'avantage lié aux incitations fiscales soumis aux conditionnalités.....	225

1) Le cas de la Guinée	225
2) Les obligations du bénéficiaire des avantages fiscaux et douaniers	226
C : L'extension des avantages fiscaux pour l'investissement : l'exemple des zones franches	227
1) Les zones franches : un nouvel outil d'attractivité.....	227
2) La particularité du régime fiscal appliqué	229
3) Les exemples de zones franches du Nigéria, du Togo et du Sénégal	230
Paragraphe 3 les critiques, insuffisances et perspectives de la protection des IDE par les Codes d'investissement.....	232
A : Les critiques procédurales des Codes d'investissement	232
1) L'absence de préambule quant à l'objectif de ces instruments internes	232
2) La faiblesse institutionnelle du suivi des investissements agréés.....	233
3) Les formulations vagues sur le plan du règlement des différends.....	235
B : Les critiques et perspectives de fond des cadres juridiques internes de protection.....	236
1) La faible prise en compte de l'exception sécuritaire.....	236
2) L'absence de secteurs réservés et de référence stratégique au plan sectoriel	238
3) L'insuffisante prise en compte du facteur social et environnemental.....	240
4) La nécessité d'un fonds d'investissement pour matérialiser les partenariats d'investissement prévus par les Codes	241
Section 3 : Étude de cas sur le régime juridique sectoriel de protection : les mines et le pétrole au Sénégal	242
Paragraphe1 : Le cadre juridique des opérations pétrolières	243
A : La protection des intérêts des acteurs dès la phase de recherche	243
B : La protection des intérêts des acteurs dès la phase d'exploitation.....	246
1) Les droits et obligations de l'Etat envers le titulaire d'une concession d'exploitation	246
2) Les droits et obligations du titulaire de la concession d'exploitation envers l'Etat	247
C : Les contrats de recherche et de partage de production signés par le Sénégal	250
1) Les clauses générales contenues dans les contrats pétroliers signés	250
a- Les devoirs de l'Etat envers le contractant durant la conduite des opérations pétrolières	250
b- Les obligations générales du contractant dans la conduite des opérations pétrolières	252
2) Les clauses relatives aux dispositions fiscales	254
a- L'impôt sur les hydrocarbures : une fiscalité évolutive.....	254
b- Les exonérations fiscales larges prévues dans les opérations pétrolières.....	255

D : Les limites et les perspectives du cadre juridique relatif aux investissements pétroliers	256
1) Une prise en compte incomplète des intérêts de l'Etat.....	257
2) Les problèmes de transparence des transactions	258
3) L'effet d'entraînement faible pour le reste de l'économie	260
4) Le nécessaire maîtrise des techniques pour une exploration locale du pétrole.....	261
Paragraphe 2 : Le régime juridique selon le code minier des investissements au Sénégal	263
A : Un régime minier de protection attractif et sécurisant	264
1) Les règles, garanties et principes des opérations minières.....	264
a- Les garanties générales accordées par l'Etat	264
b- Le renforcement des droits et obligations générales des investisseurs miniers.	265
i- En matière de permis de recherche minière.....	266
2) Les innovations majeures du régime juridique minier en faveur des petits exploitants	267
a- Les investissements dans la petite mine	267
b- La notion d'exploitation minière semi-mécanisée	268
c- Un statut octroyé à l'exploitation minière artisanale	269
3) Les facilités juridiques et fiscales offertes aux investisseurs miniers.....	271
a- Les droits et redevances fiscaux miniers	271
b- Les avantages pendant la phase de recherche.....	272
c- Les avantages pendant la phase d'exploitation	273
B : La protection insuffisante des intérêts de l'Etat dans les investissements miniers.....	274
1) Le lancinant problème du pourcentage faible dans le capital des sociétés d'exploitation	274
2) L'excessivité des exonérations fiscales désavantageuses	275
C : Investissements miniers étrangers : la nécessité d'une protection globale et innovante	277
1) L'acceptabilité sociale des investissements miniers étrangers	277
2) La satisfaction des intérêts légitimes des communautés locales.....	278
3) La conditionnalité environnementale	280
4) La conditionnalité du respect des droits de l'homme	281
5) Le renforcement des sanctions administratives et pénales contre les manquements aux opérations minières	283
a- Les innovations en matière de sanctions administratives des opérations minières	283

b- Les innovations en matière de sanctions pénales des pratiques minières illicites	
285	
Conclusion du Chapitre 1	286
Chapitre 2 : Les instruments bilatéraux de protection : les T.B.I.	288
Section 1 : Des traités bilatéraux de protection aux contenus déséquilibrés : la protection substantielle accordée aux investisseurs étrangers.....	289
Paragraphe 1 : La définition problématique de l'investissement prévue par ces textes.....	289
A : Les définitions adoptées	289
1) Le modèle français APPI dans les pays d'Afrique de l'ouest	289
2) Le modèle Américain dans les pays d'Afrique de l'ouest.....	292
B : Les critiques contre les définitions adoptées.....	293
Paragraphe 2 : Remarques sur les instruments juridiques de protection suivis par les pays d'Afrique de l'ouest	296
A : Un traitement de faveurs pour les investisseurs étrangers	296
1) La largesse des avantages octroyés à travers les principes- standards de non-discrimination de droit international	296
a- Par la clause de la Nation la plus favorisée	297
i- La signification du principe.....	297
ii- Les exceptions	298
b- Par la clause du traitement national	299
c- Par la clause du traitement juste et équitable	301
d- Par la clause de traitement plein et entière sécurité	302
2) L'ampleur de la responsabilité des États sur le fondement des TBI	304
3) L'absence de modèle africain de T.B.I. pour contrebalancer le déséquilibre	305
B : Analyses de principales normes protectrices contenues et marquantes pour les pays d'Afrique de l'ouest dans leur TBI	308
1) La reconnaissance du droit de nationalisation d'entreprises pour les États parties	308
2) Les conditionnalités juridiques pour son exercice	309
a- Les conditions juridiques légitimant une mesure de dépossession directe d'investissement et d'indemnisation.	310
b- Les principes juridiques impuissants face aux phénomènes des expropriations implicites	311
3) L'unilatéralité en matière de standards de non-discrimination.....	313
a- La standardisation principielle : une surprotection en faveur de l'investisseur ?	313

b- La standardisation principale : une entrave à la capacité de règlementation de l'Etat ?	315
c- La nécessité de standardisation englobant de protection entre acteurs.....	318
Section 2 : La protection procédurale dans les T.B.I. liant les pays d'Afrique de l'ouest.....	320
Paragraphe 1 : Le modèle de règlement des différends à travers le mécanisme conciliatoire et les tribunaux internes.....	320
A : Le principe consacré du règlement des différends par la méthode soft	320
1) La philosophie du règlement pacifique des différends	320
2) La recherche de solution conciliatoire toujours privilégiée ?	322
B : Le règlement par voie contentieuse dans l'Etat d'accueil	324
1) Le règlement des différends par les tribunaux internes ?	324
2) La méfiance des investisseurs vis-à-vis de la justice étatique étrangère	326
Paragraphe 2 : Les T.B.I. des instruments conventionnels facilitant le recours à l'arbitrage comme mode privilégié de règlement des litiges	328
A : Les T.B.I. fondement de la saisine des tribunaux arbitraux	328
1) La rédaction des clauses autorisant la saisine.....	328
2) La portée de la clause conventionnelle d'arbitrage pour le règlement arbitral des litiges contractuels	330
B : Le recours à l'arbitrage dans les TBI : la marque d'une concurrence de légitimité entre procédures arbitrales pour le règlement des différends	332
1) La procédure CIRDI : une préférence sécuritaire historique pour l'investisseur étranger	332
2) Étude de cas sur des affaires africaines au CIRDI	335
a- L'affaire SOABI c. État du Sénégal CIRDI n°ARB. /82/1 du 19 juillet 1984.....	335
b- L'affaire Atlantic triton c. Guinée CIRDI n°ARB/84/1 du 21 avril 1986.....	337
c- L'affaire Letco c. Liberia CIRDI n°ARB/83/2 du 31 mars 1986	338
d- L'affaire AMT c. Zaïre CIRDI n°ARB/ 93/1 du 21 février 1997	340
3) L'arbitrage institutionnel de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : naissance d'un modèle d'arbitrage africain dans les TBI ?.....	342
4) Les perspectives de l'arbitrage Etat-investisseur en Afrique de l'ouest sur le fondement des TBI	344
a- Prise en compte de la réalité des États africains comme partie faible dans la procédure d'arbitrage	344
b- Prise en compte des nouveaux enjeux liés à la durabilité et au respect de la nature.	347
Conclusion du Chapitre 2	349
Conclusion du Titre 2.....	352

Conclusion de la première partie :	354
DEUXIEME PARTIE : L'émergence de la protection communautarisée et institutionnalisée des investissements et les nouvelles techniques nationales d'attraction des pays d'Afrique de l'ouest .	358
TITRE 3 : La volonté d'harmonisation de la protection substantielle communautaire des investissements au niveau de la zone CEDEAO	360
Chapitre 1 : La communautarisation de la protection par l'acte additionnel A/SA.3/12/08 portant adoption des règles communautaires en matière d'investissement et de leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO	364
Section 1 : Les déclinaisons du marché commun des investissements à travers les instruments communautaires	365
Paragraphe 1 : L'instauration de hautes normes en matière de protection des investissements	366
A : Les principes et normes consacrées : une volonté de lutte contre la discrimination communautaire	366
B : L'instauration de normes régionales minimales sécuritaires.....	368
C : Le principe du libre rapatriement des bénéfices.....	370
1) Un principe internationalement consacré en matière de pratique d'investissement	370
2) Les restrictions apportées à la liberté de transfert d'actifs	372
Paragraphe 2 : Le renforcement des obligations et devoirs des acteurs de l'investissement	374
A : Les obligations des investisseurs et des investissements	374
1) Les obligations préalables à l'établissement.....	374
a- La notion innovante d'évaluation de l'impact socio culturel et environnemental	374
b- La lutte contre la corruption dans les investissements.....	376
2) Les obligations postérieures à l'établissement	378
a- En matière de gouvernance et pratiques d'entreprise	378
b- En matière de responsabilité sociale de l'entreprise et de l'investisseur	379
B : Les obligations de l'Etat d'accueil en matière de protection	381
1) La transparence par l'équité procédurale au plan administratif et judiciaire.....	381
2) La veille sur le respect des normes et principes du développement durable.....	383
Section 2 : Les innovations et les défis juridiques de l'acte communautaire portant règlement des investissements.....	385
Paragraphe 1 : La consécration d'un droit d'exigence de l'Etat en matière de protection	386
A : Les droits de l'Etat d'accueil considérablement renforcés	386
1) L'exigence en matière de rendement : les attentes légitimes	386
2) L'exigence de renseignements et d'informations concernant l'investisseur	388

3) L'innovation particulière dans le système de règlement des différends	389
a- Un mode de règlement lié à la responsabilité de l'investisseur	389
b- La réhabilitation de la souveraineté judiciaire des États dans la procédure ?	391
B : Les droits et obligations de l'Etat d'origine en matière de protection	393
1) L'Assistance et les facilités offertes à l'investissement : l'exemple des investissements transfrontaliers	393
2) L'accroissement de la responsabilité de l'investisseur par le biais des sanctions ..	395
Paragraphe 2 : La relation avec les accords multilatéraux et les défis relatifs aux investissements intra-communautaires.....	396
A : Les relations de l'Acte communautaire avec les TBI signés par les États d'Afrique	396
1) L'exclusion des États tiers signataires de TBI aux bénéfices et avantages liés à l'appartenance à l'Union économique	397
2) L'exemple de l'Union européenne sur le statut des traités bilatéraux d'investissement souscrits par les Etats-membres.	398
B : Une exclusivité de compétences moins nette au sein de la CEDEAO	401
1) L'attachement des États membres à leur pouvoir de réglementation au niveau nationale.....	401
2) Le partage des compétences toujours surveillé par les États ?	403
Conclusion du chapitre 1	404
Chapitre 2 : Le renforcement de la communautarisation et l'harmonisation de la protection dans le cadre des investissements extractifs et le nouvel enjeu du code communautaire des investissements	406
Section 1 : Les instruments juridiques communautaires relatifs aux investissements extractifs : une volonté de protection responsable des ressources naturelles	407
Paragraphe 1 : L'harmonisation des législations relatives aux investissements énergétiques : le protocole A/P4/1/03 d'octobre 2002 de la CEDEAO sur l'énergie.....	408
A : La mise en place du marché énergétique ouvert et concurrentiel	408
1) Par la référence aux accords internationaux pertinents.....	408
2) Par la recherche de coopération et la concurrence pour l'efficacité énergétique .	410
3) Par l'atténuation des risques juridiques.....	413
a- La protection innovante de l'investissement	413
b- La reconnaissance de la compensation pour perte envers l'investisseur	415
B : Les autres dispositions pertinentes du texte	417
1) La reconnaissance d'une souveraineté sur les ressources énergétiques.....	418
2) Sur le plan du transfert de savoir faire	419
a- Les modalités pratiques.....	419

b- Les difficultés pratiques pour l'effectivité	421
3) L'accès aux capitaux : une innovation de la protection	423
C : Le texte communautaire face à la réalité de la protection contractuelle du pétrole africain	425
1) La complexité d'un domaine de par ses types de contrat	425
a- Les concessions pétrolières	425
b- Les contrats de partage de production	428
2) L'équation des dispositions relatives aux contrats pétroliers	430
a- La faiblesse de la participation des firmes locales au capital des sociétés concessionnaires	430
b- La rareté des clauses de renégociation des engagements pétroliers	432
D : La réaction contre les cadres juridiques pétroliers nationaux laxistes : l'enjeu des capacités de négociation	435
1) En vue de remédier à l'ineffectivité au niveau environnemental	435
2) En vue de la nécessité d'une refondation des cadres juridiques pétroliers nationaux pour une protection globale	438
Paragraphe 2 : L'harmonisation du droit des investissements miniers : la directive C/DIR3/05/09 du 27 mai 2009 de la CEDEAO sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier	440
A : Un instrument juridique au contenu révolutionnaire : une réaction aux codes miniers nationaux laxistes	440
1) Les objectifs du texte	440
a- Accroissement de la responsabilité des compagnies et de l'Etat	440
b- La création d'un environnement minier bénéfique pour les investisseurs	443
2) Les mines : substance conçue comme ressources de l'Etat	445
a- Par les larges prérogatives de l'Etat dans l'octroi des titres miniers	445
b- Par la nécessaire conformité à la loi des terrains pour l'exploitation minière	447
3) Par la participation de l'Etat aux opérations minières	449
B : Le souci permanent de la protection de l'intérêt général	451
1) Sur le plan fiscal	451
2) Le contenu local à travers le transfert de technologie	453
3) La reconnaissance d'un statut pour les exploitants miniers traditionnels	455
C : Le renforcement des règles dans le sens favorable aux États	456
1) Le principe de transparence minière	456
a- L'obligation de conservation des archives minières	456
b- Les sanctions prévues en cas de fausses informations de l'investisseur	457

c- L'instauration d'investigations et audits miniers	459
2) Les obligations relatives au droit de l'homme	460
a- La garantie du respect des droits de l'homme en conformité avec le droit international	460
b- La préservation des droits des communautés locales	462
c- La réalisation des droits économiques et sociaux internationaux prévus	464
D : Un instrument de protection idéaliste.....	465
1) L'asymétrie d'informations entre les investisseurs et les Etats	465
2) L'ineffectivité des capacités de l'Etat à défendre les intérêts nationaux et ceux des communautés locales.....	467
3) L'insuffisance des capacités réglementaires des États : l'inexistence d'un modèle africain de contrat minier type pour la globalité de la protection.....	469
E : Les perspectives de la Directive face aux initiatives de transparence extractive au plan international	471
1) La volonté d'inscription dans le mécanisme de transparence de l'ITIE	471
a- L'obligation de transparence et de publication des versements aux Etats.....	471
b- Les limites de l'ITIE dans le contexte des pays d'Afrique de l'Ouest.....	473
2) Le mécanisme de transparence minière : le protocole de Kimberley.....	475
a- L'exigence de traçabilité et de certification des minerais extraites et vendues .	475
b- La volonté de lutter contre les minerais de guerre en Afrique	477
Section 2 : Le caractère substantiel et prospectif de la protection : vers un Code communautaire des investissements.....	479
Paragraphe 1 : La marque de la prise de conscience des limites objectives des réglementations unilatérales nationales en matière de protection	480
A : La sécurisation juridique globale des investissements	480
1) Par l'instauration de règles et de hautes normes de protection	480
2) Par l'interdiction des discriminations envers les investissements	483
B : Par le renforcement des obligations des investisseurs.....	486
1) Par la prescription de résultats : le modèle du futur en matière de protection ? ..	486
2) Par la prévision à terme d'un effet d'entraînement positif pour les pays d'accueil	488
Paragraphe 2 : L'atténuation de la concurrence fiscale ruineuse entre les États au plan fiscal	490
A : La recherche de la convergence fiscale communautaire protectrice	490
1) Par la nécessité de l'harmonisation de l'impôt sur les sociétés.....	490
2) Par la limitation des pratiques fiscales exonératoires.....	493
B : La protection fiscale globale des acteurs de l'investissement	495

1) La nécessité de la transparence fiscale des opérations d'investissement	496
a- La lutte contre les pratiques fiscales frauduleuses	496
b- La lutte contre les planifications fiscales agressives : à travers l'optimisation et l'utilisation des paradis fiscaux.....	498
2) La nécessité de la stabilité fiscale pour les investisseurs	500
a- La préservation contre la fiscalité confiscatoire et expropriatrice.....	500
b- La prohibition du harcèlement fiscal.....	503
Conclusion du chapitre 2	505
Conclusion du Titre 3.....	509
Titre 4 : L'émergence de nouveaux acteurs et cadres institutionnels et de protection de l'investissement étranger en Afrique de l'ouest	511
Chapitre 1 : Le rôle des Organisations Internationales économiques et des acteurs institutionnels internes dans la protection	513
Section 1 : Cadrage juridique au niveau supra national : le rôle pionnier de la Banque Mondiale et de la Banque Africaine de développement dans les pays d'Afrique de l'ouest.....	514
Paragraphe 1 : La B.M. : une structure globale en matière de protection d'IDE dans les pays de la sous-région	514
A : Par la réforme pour l'attractivité du cadre juridique.....	515
B : L'assistance pour la négociation de contrats complexes	516
C : L'exemple des générations de codes miniers dans les pays ouest africains.....	517
Paragraphe 2 : La B.M. : une structure de mesure et d'évaluation du cadre juridique par l'indice Doing Business	519
A : Un instrument phare pour l'évaluation juridique des États d'Afrique de l'ouest.....	519
1) Par l'instauration d'un classement annuel entre pays.....	519
2) Par l'instauration de la notion d'indice et de confiance dans le système réglementaire des affaires	522
3) Par la promotion de la simplification des réglementations relatives aux affaires..	524
B : Analyse critique de l'instrument Doing Business de la B.M.....	525
1) Le problème d'approche et de méthodologie de l'instrument de mesure.....	525
2) Le parti pris en faveur du système juridique du Common Law.....	527
3) L'instauration d'une compétition juridique défavorable aux pays d'accueil ouest africains	528
Paragraphe 3 L'intervention de la BAD : la facilité africaine de soutien juridique	530
A : Le constat du déficit d'expertise dans la négociation de contrats complexes	530
B : L'assistance aux États dans les contrats miniers et énergétiques intégrés	532

Section 2 : Le renforcement de l'institutionnalisation de la protection au niveau national par le biais des organismes nationaux chargés du traitement et du suivi des IDE	534
Paragraphe 1 : La marque de la recherche de facilités administratives pour l'investissement	535
A : Par la création des administrations de mission	535
B : La création du guichet unique pour le traitement des investisseurs étrangers	537
Paragraphe 2 : Le cas de l'Agence de promotion des investissements du Sénégal(APIX)	538
A : Les missions de l'APIX.....	538
B : Les limites en matière de promotion et de suivi des investissements.....	540
Paragraphe 3 : Aperçu du rôle des Agences de promotion en matière d'investissements dans d'autres pays d'Afrique de l'ouest.	541
A : La mission d'attractivité et de sécurisation des investissements	541
B : Les limites dans les stratégies de promotion et de suivi des IDE.....	544
Conclusion du Chapitre 1	546
Chapitre 2 : Les nouvelles techniques juridiques face aux nouveaux enjeux et défis liés à la protection des investissements étrangers dans la sous région	549
Section 1 : Les nouveaux instruments juridiques de protection et de promotion : les PPP	550
Paragraphe 1 : Un instrument juridique novateur	550
A : La souplesse et la flexibilité juridiques des modalités	551
B : Un moyen de développement des IDE sous forme de délégation.....	552
Paragraphe 2 : Les apports des investissements sous forme de PPP.....	554
A : Les avantages pour les États d'accueil	554
1) Le partage des risques juridiques et financiers entre acteurs	554
2) La possession des infrastructures/projet après amortissement.....	556
B : Les risques du format d'investissement pour les Etats.....	558
1) La Capacité faible des États à prévenir les clauses contractuelles léonines	558
2) La cherté et l'absence d'entretien des infrastructures	560
C : Les perspectives pour une protection globale des intérêts de l'Etat dans les PPP.....	562
1) La nécessité de la mise en place de conditionnalités pour le recours aux PPP.....	562
2) La nécessité du suivi-évaluation contrôle des PPP.....	563
Section 2 : Les défis, enjeux et perspectives des instruments juridiques de protection de l'investissement dans le contexte spécifique des pays d'Afrique de l'ouest	565
Paragraphe1 : La nécessité du rééquilibrage de la protection en faveur des États d'accueil.	566
A : Sur le plan contractuel	566
1) Equilibrer les prestations : une possibilité	566

2) Renforcement de la capacité de négociation et de veille juridiques	567
B : Sur le plan de la sécurité juridique globale	569
1) En vue d'obtenir un régime juridique rassurant de la protection des investissements 569	
2) En vue de prévenir la récurrence des contentieux.....	571
C : L'exemple d'affaires minières importantes dans la sous région ouest africaine	572
1) L'affaire Arcelor-Mittal /Etat du Sénégal	572
2) L'affaire des mines de Simandou en Guinée	574
Paragraphe 2 : la nécessité d'une approche patrimoniale nouvelle dans le régime juridique de l'investissement étranger.....	575
A : La promotion des investissements socialement responsables	575
1) Dans le domaine des ressources naturelles	575
2) Dans le domaine foncier.....	577
a- Faciliter l'accès aux fonciers pour les investisseurs étrangers.....	577
b- Réglementation stricte pour les investissements sur les terres arables.....	580
B : Le durcissement du cadre juridique relatif à l'environnement pour les grands investissements	583
1) L'instauration du principe de précaution	583
2) La généralisation des études d'impact environnemental dans certains cas.....	585
C : La nécessaire constitutionnalisation de la transformation des matières premières sur place	587
1) Un principe d'avenir pour les IDE portant sur les ressources naturelles en Afrique de l'Ouest	587
2) La faisabilité juridique pour une protection globale	589
D : La nécessité de la mise en place d'une Agence africaine de garantie des investissements contre les risques	590
1) En vue de l'utilisation de l'outil assurantiel contre la perception élevée du risque	591
2) En vue d'en faire un instrument de coopération et de promotion des investissements pour le développement	592
3) En vue de renforcer et faciliter les investissements intra et extra africains	594
Conclusion du Chapitre 2	596
Conclusion du Titre 4.....	597
Conclusion de la deuxième partie	599
Conclusion Générale.....	601
Références Bibliographiques.....	605
Annexes	661

Tables des matières	703

Titre : « La protection juridique des investissements directs étrangers dans les pays en développement : l'exemple de l'Afrique de l'Ouest »

Résumé : Les IDE sont devenus un enjeu majeur pour les pays d'Afrique. L'ambition de cette thèse est d'analyser et de mesurer le cadre législatif, réglementaire et conventionnel (Bi et Multilatéral relatif à la protection des investissements en Afrique de l'Ouest. Par conséquent, l'accent sera mis sur le régime juridique interne relatif aux investissements miniers et des hydrocarbures. De même, la nécessité de limiter les risques juridiques a poussé les pays d'Afrique à conclure des conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements réciproques ainsi qu'à adhérer aux Conventions internationales sectorielles pertinentes. Comme l'évolution des législations relatives aux IDE a été marquée par l'incitation, cela soulève la dimension de l'implication sans cesse plus grande d'Organisations économiques internationales à l'instar de la Banque mondiale, de la BAD, de l'OMC, de l'OCDE, de la CEDEAO et de l'UEMOA. L'attractivité et l'incitation juridiques ont poussé les pays d'accueil d'expérimenter les nouveaux types d'investissement comme les partenariats public-privé (PPP). La protection des IDE dans le contexte de pays comme ceux d'Afrique de l'Ouest-essentiellement importateurs de capitaux- pose la problématique de la nécessité du transfert de technologie, l'industrialisation, le respect de l'environnement dans le contexte international de réchauffement climatique où l'Afrique est au cœur des enjeux de partenariat et de convoitise.

Mots-clés : IDE-Protection-Pays en développement-Afrique de l'Ouest, Contrat, Nationalisation, Arbitrage, CIRDI, TBI, Mines, Pétrole, Code-Investissements, PPP, Transfert de technologie

Title : The Protection of foreign direct investment in developing countries : the example of West Africa

Abstract : FDI has become a major issue for African countries. The ambition of this thesis is to analyse and measure the legal and regulatory framework and conventional bi and multilateral protection of foreign investment in West Africa. Therefore, the focus will be on the domestic legal regime for mining and hydrocarbons investments. Similarly, the need to limit legal risk has led African countries to conclude bilateral conventions for the protection and promotion of reciprocal investments and to adhere to relevant international sectorial conventions. As the evolution of FDI-related legislation has been marked by incitement, this raises the dimension of the ever greater involvement of international economic organizations, such as the World Bank, the AFDB, the WTO, OECD, ECOWAS and UEMOA. Legal attractiveness and incentives have led host countries to experiment with new types of investment such as public-private partnerships (PPPs). The protection of FDI in the context of countries like those in West Africa- essentially importers of capital- raises the issue of the need for technology transfer, industrialization, respect for the environment in the international context of global warming where Africa is at the heart of the issues of partnership and covetousness.

Keywords : FDI-Protection-Developing countries-West Africa, contract, Expropriation, arbitration, BIT, ICSID, MIGA, Mining, Petroleum, Law investment, PPP, Technology transfer.

CRDEI

Centre de Recherches et de Documentation Européennes et Internationales

Université de Bordeaux-16 Avenue Léon Duguit-33608 Pessac

Annexe 1

Directive mines CEDEAO



**Soixante deuxième Session Ordinaire
du Conseil des Ministres**

ABUJA, 26 - 27 MAI 2009

**DIRECTIVE C/DIR3/05/09 SUR L'HARMONISATION DES PRINCIPES
DIRECTEURS ET DES POLITIQUES DANS LE SECTEUR MINIER**

LE CONSEIL DES MINISTRES,

VU les articles 10, 11 et 12 du Traité de la CEDEAO tels qu'amendés, portant création du Conseil des Ministres et définissant sa composition et ses fonctions ;

VU le Protocole A/P.1/7/91 du 6 juillet 1991 relatif à la Cour de Justice de la Communauté ;

VU le Protocole additionnel A/P.1/5/79 du 29 mai 1979 relatif à la libre circulation des personnes et des biens ;

VU l'Article 31 dudit Traité relatif aux ressources naturelles qui prescrit la nécessité d'harmoniser et de coordonner les politiques et programmes des États Membres ;

VU la nécessité d'améliorer la justice économique et sociale au sein des communautés, dans le cadre du processus de décision relatif à l'exploitation des ressources naturelles, en tant qu'élément de la politique efficace de prévention des conflits, tel que stipulé dans le cadre stratégique de prévention des conflits de la CEDEAO adopté en novembre 2007 ;

VU l'Article 21 de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples,

RAPPELANT le Protocole additionnel A/SP1/12/01 du 21 décembre 2001 sur la démocratie et la bonne gouvernance qui prescrit les principes de bonne gouvernance politique, économique et sociale ;

RECONNAISSANT que la responsabilité de promouvoir et de protéger les droits de l'homme incombe principalement aux gouvernements, les investisseurs et autres entreprises commerciales dans le secteur minier de l'Afrique de l'Ouest ;

CONSCIENT de l'Initiative « Global Compact » des Nations Unies qui demande aux chefs d'entreprise 'd'adopter et de mettre en oeuvre' les neuf principes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, y compris les droits dans le domaine du travail et de l'environnement et la Déclaration de l'OIT sur les principes fondamentaux et les droits des travailleurs;

RECONNAISSANT l'universalité, l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme, y compris le droit au développement tel que reconnu dans le Pacte International des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels qui permettent à chaque individu de participer, de contribuer et de jouir du développement économique, social, culturel et politique dans lequel tous les droits humains et les libertés fondamentales peuvent entièrement se réaliser ;

CONSCIENT du fait que l'exploitation minière affecte les systèmes écologiques et ne se limite pas à l'environnement immédiat du site minier et que dans les zones qui entourent les sites miniers, les communautés subissent des impacts d'ordre environnemental, social et économique ; que certaines « communautés d'intérêt », incluant les populations locales, l'artisanat minier, les travailleurs employés dans les mines et des gens vivant au sein des communautés sont marginalisés ;

RECONNAISSANT la nécessité de développer des critères largement acceptés, sur lesquels les gouvernements, les communautés, l'industrie et les autres parties prenantes peuvent évaluer la performance environnementale et l'acceptabilité des opérations minières, et utiliser ces critères pour élaborer des normes appropriées devant conditionner les autorisations nécessaires à la mise en valeur des substances minérales ;

RECONNAISSANT la nécessité de protéger et de maintenir la stabilité macroéconomique des États membres en ce qui concerne les revenus générés ou provenant de l'exploitation minière ainsi que de créer un environnement économique propice pouvant attirer les investisseurs dans l'industrie minière et de maintenir un équilibre entre les intérêts des États membres et ceux des investisseurs ;

CONSCIENT que l'exploitation minière et la transformation sur place en produits finis sont essentielles pour le développement socio-économique des États membres, que les avantages obtenus de ces activités doivent être partagés et sauvegardés pour les générations présentes et futures;

RECONNAISSANT que les gouvernements des États membres doivent jouer un rôle de premier plan dans la création d'un milieu où les politiques et la réglementation favorisent la contribution de l'exploitation minière au développement durable;

RECONNAISSANT l'importante contribution de la Société Civile, des Médias et des différentes parties prenantes dans la protection et la promotion des droits de l'homme et du droit des communautés minières locales à une participation citoyenne à leur développement ;

CONVAINCU de la nécessité de développer dans l'espace CEDEAO une politique minière commune qui tienne compte d'autres initiatives internationales, régionales et

sous-régionales, telles que l'adoption par les États Membres de l'UEMOA d'une politique minière commune et du Code Minier Communautaire de l'UEMOA ;

Après avis du Parlement de la Communauté ;

PRESCRIT :

CHAPITRE I

DÉFINITIONS ET OBJECTIFS

ARTICLE 1ER: Définitions

Aux fins de la présente Directive, on entend par :

‘Activités géologiques’ : les études scientifiques de surface pour identifier en autres, soit directement ou indirectement, des ressources minérales.

‘Agence publique’ : organe ou institution mise en place par un Etat membre avec un mandat spécifique y compris les organes parapublics.

‘Exploitation minière’ : l'ensemble des travaux préparatoires, d'extraction, de transport, d'analyse et de traitement effectués sur un gisement donné pour transformer les substances minérales en produits commercialisables et/ou utilisables.

‘Exploitation minière artisanale à petites échelles’ : toute exploitation dont les activités consistent à extraire et concentrer des substances minérales et à récupérer les produits marchands en utilisant des méthodes et procédés manuels et traditionnels.

‘Exploitation minière à petite échelle ou Petite mine’ : les opérations minières sur une surface de terre répondant à des critères de taille, de production, de zone, d'investissement en capital, de délimitation de la profondeur des opérations, d'équipement autorisé et/ou de participation locale déterminés par la législation dans les États Membres.

‘Localisation’ : un programme de formation y compris la passation de marchés sur le plan local, le transfert de technologie et le développement de l'entrepreneuriat local en vue du remplacement éventuel du personnel expatrié par du personnel ressortissant des États membres.

‘Organisation de la Société Civile’ : toute organisation ou groupe organisé non gouvernemental.

'Opérations minières' : la reconnaissance, la prospection, l'exploitation minière ou toutes activités s'y rattachant, y compris la remise en état des mines et le suivi de l'après mine.

'Plan d'eau ou Ressources en eau' : tous les cours d'eau de surface, les rivières, les ruisseaux, un marécage, un lac naturel et les eaux souterraines.

'Prospection' : l'ensemble des investigations systématiques et itinérantes de surface par des méthodes géologiques, géophysiques ou autres en vue de déceler des indices ou des concentrations de substances minérales utiles.

'Reconnaissance' : la recherche des indices minéraux au moyen d'études géophysique, géochimiques et photo géologiques ou autres techniques de télédétection et d'étude géologique de surface à cet effet, y compris la collecte des données environnementales nécessaires.

'Substance minérale' : une substance liquide ou solide qui apparaît naturellement dans le sous-sol, ou à la surface du sol, à la surface ou en dessous des fonds marins, formée par ou soumise à des transformations géologiques, comprenant notamment mais pas exclusivement les minéraux industriels et le pétrole.

'Titre Minier' : une ou plusieurs autorisations administratives en matière de prospection, de recherche ou d'exploitation de substances minérales accordées conformées à la réglementation minière applicable.

ARTICLE 2 : Objectifs

Les objectifs de la présente Directive sont :

1. Assurer l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier des États membres basés sur des normes standard de haut niveau de responsabilité pour les compagnies minières et les gouvernements afin de promouvoir les droits de l'homme, la transparence et l'équité sociale et de garantir la protection des communautés locales et de l'environnement dans les zones minières de la sous-région ;
2. Créer un environnement minier favorable au développement macroéconomique durable et qui assure un équilibre entre la nécessité de mettre en place des mesures incitatives pour attirer les investisseurs et celle de protéger la base du revenu et les ressources des États membres ;
3. Améliorer la transparence dans le processus de formulation et de mise en œuvre de la politique minière dans la sous-région, promouvoir la participation et renforcer les capacités des communautés minières ;
4. Doter les États membres d'une politique minière et d'un cadre juridique harmonisés ;

5. S'assurer que l'harmonisation prend en compte les différents niveaux auxquels chaque Etat membre se trouve dans le secteur minier et la manière dont les politiques et les différentes stratégies pourraient être conduites pour satisfaire les besoins spécifiques de chaque Etat membre.

CHAPITRE II :

LES SUBSTANCES MINERALES EN TANT QUE RESSOURCES DE L'ÉTAT

ARTICLE 3 : Propriété des ressources minérales

1. Toute substance minérale à l'état naturel, dans le sol, le sous sol ou à la surface du sol d'un État membre, dans les rivières, les ruisseaux, les cours d'eau dans toute la sous-région, dans les zones économiques exclusives, les eaux territoriales ou les plateaux continentaux, est la propriété de l'État membre.
2. Les détenteurs de droits ou de titres miniers acquièrent la propriété des substances minérales qu'ils extraient, conformément aux dispositions légales et contractuelles en vigueur.
3. Les ressources minérales sont la propriété de l'État et sont gérées au profit de la population de l'État membre. Les États membres ont l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires, comprenant notamment mais pas exclusivement l'adoption de règles juridiques et administratives appropriées pour protéger leurs ressources.

Article 4 : Occupation ou acquisition des terrains pour l'exploitation minière.

1. L'occupation ou l'acquisition d'un terrain nécessaire à la mise en valeur d'une ressource minérale doit être conforme aux lois en vigueur dans l'État membre.
2. Une compensation appropriée et rapide doit être versée au propriétaire ou occupant légitime de tout terrain acquis pour la mise en valeur d'une ressource minérale.
3. Pour le calcul de toute compensation en vue de l'acquisition de terrain pour la mise en valeur d'une ressource minérale il doit être tenu compte des pertes subies par l'utilisateur du terrain, des désagréments causés au propriétaire terrien et à l'occupant dûment évalués, des pertes et des dégâts causés aux biens immeubles et à leurs dépendances, du manque à gagner, y compris les éventuelles pertes de revenu agricole et autres pertes raisonnablement prouvées, en versant une indemnité compensatrice conformément aux meilleures pratiques internationales en vigueur dans ce domaine.
4. Les États membres doivent classer certains terrains 'zones interdites' aux activités d'exploitation minière, si ces zones comportent des risques

particuliers pour la préservation de la sécurité y compris dans les zones à forte sensibilité environnementale, sociale et culturelle.

ARTICLE 5: Acquisition de droits et titres miniers

1. Nonobstant la détention d'un titre ou d'un droit sur le terrain sur lequel les substances minérales sont situées, toute activité de recherche, de reconnaissance, de prospection, d'exploration, d'exploitation minière ou toute activité similaire ne peut être entreprise qu'après l'octroi d'un droit ou titre minier valide par une autorité compétente.
2. Le processus décisionnel conduisant à l'octroi et au retrait des droits miniers doit s'effectuer dans la transparence.
3. Nonobstant l'Alinéa (1) du présent article, les agences publiques des États membres ne doivent pas être empêchées de mener des activités géologiques conformément aux lois en vigueur dans les zones où un droit ou titre minier a été acquis.
4. Les qualifications pour l'acquisition d'un droit ou titre minier dans les États membres doivent être en conformité avec les meilleures pratiques internationales dans le domaine de l'industrie minière et doivent notamment, inclure le respect de l'environnement, prendre en compte l'intérêt national de l'Etat membre, le respect des droits des communautés minières, le respect des obligations en matière d'emploi local et d'approvisionnement en biens et services.
5. L'autorité compétente d'un État membre peut révoquer un droit ou titre minier octroyé, elle est convaincue, après inspection et audit, que son détenteur a enfreint l'une des dispositions de la présente Directive ou une loi de l'État membre et qu'il a été reconnu coupable de délit de contrebande, de vente ou transaction illicite portant sur des substances minérales.

CHAPITRE III :

PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

ARTICLE 6 :

Obligations relatives à la protection de l'environnement

1. Avant d'entreprendre toute activité minière, un détenteur de droit ou titre minier doit obtenir les permis et approbations nécessaires auprès des autorités compétentes de l'État membre chargées de la protection des forêts, de l'environnement, des autres ressources naturelles, les ressources en eau, et de la santé publique dans le cadre de ses activités minières.
2. Les États membres adoptent des lois appropriées (là où il n'en existe pas) pour mettre en place des mécanismes de plaintes et des audits pour le

respect des obligations résultant de la présente Directive relatives à la protection de l'environnement.

3. Les investisseurs miniers mènent leurs activités conformément aux lois et règlements nationaux, aux pratiques administratives et aux politiques relatives à la préservation de l'environnement des États membres dans lesquels ils opèrent et se conforment aux accords internationaux s'y rapportant, aux principes, objectifs et normes standards relatifs à l'environnement, l'hygiène, la santé publique et la sécurité et en général mener leurs activités de façon à contribuer à l'objectif global de développement durable.
4. Avant le début des opérations, les détenteurs des droits ou titres miniers doivent élaborer pour mise en œuvre des plans de réhabilitation et de fermeture des sites miniers ainsi que des plans pour l'après mine. Ces plans sont soumis à l'autorité compétente pour approbation. Cette estimation est soumise à des revues périodiques.
5. Des audits périodiques de l'environnement seront menés pour s'assurer de la performance environnementale des opérations minières et de l'efficacité des organismes chargés de la réglementation des mines.
6. Les États membres veillent à ce que les détenteurs des droits ou titres miniers prennent les mesures pour empêcher et gérer le déversement de cyanure, de mercure et autres substances similaires, de substances nocives à la santé humaine et à l'environnement, ainsi que les autres risques liés aux activités minières.
7. Les États membres doivent mettre en place un fonds pour la réhabilitation environnementale.

CHAPITRE IV :

PROTECTION DE L'INTÉRÊT NATIONAL

ARTICLE 7 : Accord de Stabilité

1. Dans le cadre de l'octroi d'un droit ou titre minier, l'autorité compétente de l'État membre peut conclure un accord de stabilité dans le cadre de négociations avec un investisseur minier.
2. L'Accord de stabilité reflète l'intérêt national de l'État membre et celui de l'Investisseur.
3. les négociations poursuivies dans le cadre de la conclusion dudit Accord traiteront des questions relatives aux effets négatifs des changements intervenus dans la loi en vigueur, le montant et le paiement des royalties, taxes et droits sur l'importation d'intrants.
4. L'Accord de stabilité est soumis à la ratification par le parlement national ou tout organe compétent de l'État membre.

ARTICLE 8 : Régime fiscal

1. Les États membres adopteront des lois appropriées pour optimiser et protéger les recettes dues qui leur reviennent au titre des activités minières.
2. Les exonérations des droits de douane à l'importation en ce qui concerne les installations industrielles, les machines, les équipements et accessoires importés spécialement et exclusivement pour les opérations minières seront subordonnées au respect par le titulaire du droit ou titre minier de ses obligations sociales et environnementale et autres obligations à l'égard des communautés minières, conformément aux lois et usages en vigueur dans l'Etat membre.
3. Le personnel d'un titulaire de droit ou titre minier paie les impôts et taxes sur tous ses revenus au même taux que celui des ressortissants de l'Etat membre, sauf lorsqu'il existe un accord relatif à la double taxation entre l'Etat membre et l'Etat d'origine dudit titulaire qui prévoit le contraire.
4. Les transferts de fonds du personnel à des fins personnelles sont imposables conformément à la législation en vigueur sauf s'il existe une convention de double taxation entre l'Etat d'origine et l'Etat de résidence dudit personnel.
5. Les États membres sont tenus de mettre en place un système qui assure une répartition plus équitable des revenus générés par l'activité minière et d'assurer la distribution effective et le transfert aux communautés locales d'une partie de ces revenus miniers, tel que prévu dans les lois et usages de l'Etat membre et d'encourager le renforcement de leurs capacités. Les États membres procéderont à la révision et à l'harmonisation de leur régime fiscal, ainsi qu'à leur actualisation tous les trois ans.

ARTICLE 9 : Transfert de Capitaux

1. Le titulaire d'un droit ou titre minier qui tire des opérations minières des gains en devises étrangères peut être autorisé par l'autorité compétente d'un Etat membre à conserver une partie de ces devises étrangères dans un compte ouvert dans ledit Etat, destinées à l'achat de pièces et d'autres intrants nécessaires à l'exploitation minière, à condition de fournir des preuves selon lesquelles ces fonds ne sont pas facilement disponibles sans procéder à l'ouverture d'un tel compte.
2. Toute devise étrangère gagnée et pouvant être conservée sur un compte conformément au présent article doit être utilisée spécialement et exclusivement pour :
 - (a) l'achat de pièces détachées, de matières premières, de consommables, de machines et d'équipements ;
 - (b) le service de la dette et le paiement de dividendes ;
 - (c) le paiement du personnel expatrié.
 - (d) le transfert de capitaux en cas de vente ou de liquidation des opérations minières.

3. Le libre transfert annuel de devises convertibles à un taux convenu mutuellement avec les États membres est garanti au titulaire du droit ou titre minier.
4. Tout transfert de devises convertibles par un titulaire de droit ou titre minier stipulé dans le présent article s'effectue conformément au régime de change approprié des États membres. Les États membres prendront des mesures pour empêcher la fuite de capitaux ou dans le cas flagrant de l'utilisation à cette fin par un détenteur de devises étrangères d'un compte ouvert conformément à l'alinéa (1) du présent article.

ARTICLE 10 : Participation de l'État aux opérations d'exploitation minière

1. Une autorité compétente d'un État membre peut par avis écrit demander à une société minière de lui octroyer une action spéciale, quel qu'en soit le nom donné par la société.
2. Les actions spéciales constituent une catégorie spéciale d'actions et les droits qui y sont attachés sont déterminés d'un commun accord entre l'autorité compétente de l'Etat membre et le titulaire du droit ou titre minier.
3. Un État membre peut également participer au capital des sociétés minières opérant sur son territoire dans des conditions fixées d'un commun accord.

ARTICLE 11: Politique de localisation des opérations minières

1. Dans le cadre d'une politique de localisation, un titulaire de droit ou titre minier exerçant sur le territoire d'un État membre, soumet aux autorités compétentes un programme détaillé, agréé par celles-ci pour le recrutement, le transfert de technologie et la formation du personnel local, auquel il doit se conformer.
2. Les États membres veillent à ce que la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) minières, et les Programmes alternatifs de subsistance soumis au présent article fassent partie des conditions requises pour l'octroi d'un droit ou titre minier. Ces programmes doivent contribuer à l'amélioration des conditions de vie des communautés minières et établis avec la participation active et le consentement des communautés locales.
3. Le non respect par un titulaire de droit ou titre minier des programmes mentionnés à l'alinéa (2) du présent article constitue une cause de révocation du droit ou titre minier.
4. Un titulaire de droit ou titre minier accorde dans toutes les phases de ses opérations, une préférence à l'emploi des citoyens des États membres, en

particulier ceux des communautés les plus affectées en répondant dans toute la mesure du possible aux exigences de sécurité, d'efficacité et de rentabilité.

5. Dans le cadre de la réalisation des opérations minières, d'achat, de construction et d'installation des infrastructures, le titulaire de droit ou titre minier doit adopter une politique de passation de marchés accordant la préférence:

- (a) Aux matériaux et aux produits d'un État membre ;
- (b) Aux agences de prestations de services installées dans un État membre et appartenant à un citoyen (entreprise ou autre) dudit État membre et/ou aux entreprises publiques en se conformant dans toute la mesure du possible aux normes de sécurité, d'efficacité et de rentabilité en vigueur .

6. Les États membres prennent des mesures pour adopter des lois appropriées visant à octroyer aux citoyens des droits d'exploitation artisanale et de petite mine, et assurer une exploitation artisanale et de petite mine sûre, efficiente et durable du point de vue environnemental.

7. Les États membres adoptent des législations appropriées (s'il n'en existe pas) pour mettre en place une institution décentralisée pour les activités minières et pour harmoniser les lois relatives aux activités minières et le droit foncier, de l'environnement, le droit forestier et de l'eau.

CHAPITRE V :

ACCES A L'INFORMATION

ARTICLE 12 : Obligation de conservation des archives

1. Un titulaire de droit ou titre minier conserve à une adresse dans l'État membre concerné, avec notification à l'autorité compétente de l'État, les documents et registres prescrits par la loi relative aux activités minières.

2. Un titulaire de droit ou titre minier est tenu de permettre à un agent habilité de l'État membre et ceci dans un délai raisonnable de contrôler les documents et registres et d'en garder copies.

3. Un titulaire de droit ou titre minier est tenu de fournir aux autorités compétentes d'un État membre annuellement ou, s'il est requis, périodiquement, des rapports sur ses opérations minières.

4. Les États membres adoptent et appliquent des lois et règlements qui sanctionnent pénalement les sociétés qui fournissent au public ou au gouvernement de fausses informations, des informations mensongères, incomplètes ou des informations délibérément déformées.

ARTICLE 13 : Transparence, Bonne gouvernance et accès du public aux informations

1. Les registres, documents et informations relatives à l'octroi d'un droit ou titre minier fournis en application de l'article 12 de la présente Directive doivent être considérés comme publics et partagés avec le public, conformément aux lois et règlements de l'Etat membre.
2. Les États membre de la CEDEAO qui ne disposent pas de loi sur la libre circulation des informations sont encouragés à en adopter pour promouvoir l'accès du public et des médias aux informations relatives à l'exploitation minière.
3. Les États membres prennent des mesures pour que les principes de bonne gouvernance tels qu'indiqués dans le Protocole additionnel de la CEDEAO sur la Démocratie et la Bonne Gouvernance soient pleinement appliqués et pour combattre le trafic illicite portant sur les ressources et les activités minières.
4. Les États s'engagent à promouvoir la transparence des informations relatives aux revenus miniers, en particulier, en encourageant la souscription à l'Initiative sur la Transparence dans les Industries extractives (I.T.I.E.) et en l'appuyant.
5. Les États membres sont encouragés à adopter (là où il n'en existe pas) une législation sur la liberté d'information.
6. Nonobstant toutes dispositions contraires contenues dans le présent article, les registres, documents et informations fournis ou obtenus sur les activités minières sont diffusés si une autorité compétente d'un État membre, estime que cette diffusion est d'intérêt public.
7. Aucune donnée n'est considérée comme confidentielle si elle est relative à la dégradation ou à la supposée dégradation de la santé humaine, de l'environnement ou à la sécurité des travailleurs.

ARTICLE 14 : Investigations et audits

1. Les États membres veillent au bon fonctionnement des activités minières. A cet effet, ils prennent toutes les mesures jugées nécessaires, notamment pour nommer une ou plusieurs personnes compétentes pour mener des investigations, effectuer un audit et rendre compte sur l'activité et/ou la propriété de la compagnie minière.
2. Toute personne ou entité travaillant avec ou pour la compagnie faisant l'objet d'une enquête conformément au présent article ou toute personne en rapport avec l'objet de l'enquête ou de l'audit coopère avec l'enquêteur ou l'auditeur.
3. Les procédures requises pour la levée de l'obligation au secret professionnel seront respectées.

CHAPITRE VI :

OBLIGATIONS RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME ET ACTIVITES MINIERES

ARTICLE 15 : Obligations relatives aux droits de l'homme

1. Les États membres, les titulaires de droits ou titres miniers et autres entités commerciales impliqués dans l'exploitation minière ont l'impérieux devoir de garantir le respect et de promouvoir les droits de l'homme reconnus sur le plan international y compris les droits des femmes, des enfants et des travailleurs en matière d'activités minières.
2. Les États membres et les titulaires de droit et titre miniers garantissent les droits des communautés locales. Lorsqu'il n'existe aucune disposition relative aux droits de l'homme susvisés, les États membres adopteront une loi appropriée.
3. Les États membres ont l'obligation de prendre les dispositions nécessaires pour la réalisation progressive des droits économiques, sociaux et culturels relatifs aux activités minières et pour renforcer le pouvoir des femmes.
4. Les compagnies minières veillent au respect strict des lois des États membres en matière d'interdiction du port et de l'usage des armes.
5. Les compagnies opérant dans les zones de conflit sont tenues de respecter tous les principaux accords internationaux relatifs aux droits de l'homme et au droit humanitaire international.

ARTICLE 16: Développement durable et intérêts des communautés locales

1. Les titulaires de droits et titres miniers opérant dans des États membres conduisent leurs activités minières de façon à respecter le droit des populations à participer et contribuer au développement et à leur permettre de jouir du développement économique, social, culturel et politique durable.
2. Les titulaires de droit et titre miniers intervenant dans des États membres sont astreints au respect des droits des communautés locales. En particulier ils sont tenus de respecter les droits des populations et des communautés locales de posséder, d'occuper, de développer, de contrôler, de protéger et d'utiliser leurs terres, les autres ressources naturelles et leurs droits de propriété culturelle et intellectuelle.
3. Les sociétés minières doivent obtenir le consentement libre, préalable et éclairé des communautés locales avant le démarrage de l'exploration et



avant le début de chaque phase successive de l'exploitation minière ainsi que des opérations après-mine.

4. Tout au long du cycle de l'exploitation minière, les titulaires de droit et titres miniers sont tenus de continuer des consultations et des négociations permanentes sur les importantes décisions affectant les communautés locales.
5. Les États membres, les titulaires de droits et titres miniers et les Organisations de la Société Civile dans le domaine des activités minières établissent des cadres de concertation comprenant tous les acteurs impliqués dans les activités minières, en vue d'assurer leur collaboration fructueuse et leur cohabitation pacifique durant la période d'exploitation minière, et de préparer activement les possibilités de conversion de l'après mine.
6. Les États membres coopèrent avec les parties prenantes dans le processus de prise de décision concernant les activités minières.
7. Les États membres créent un Fonds de développement socioéconomique auquel les titulaires de droit et titres miniers et autres parties prenantes ont l'obligation de contribuer pour le développement des activités de conversion de l'après mine dans les communautés locales affectées.

CHAPITRE VII

REGLEMENT DES DIFFERENDS

ARTICLE 17 : Procédure de traitement des plaintes

1. Toutes questions relatives à la violation de la présente Directive sont portées à la connaissance des États membres pour résolution. Dans le cas où ces questions n'ont pu être résolues, elles sont portées à la connaissance du Président de la Commission de la CEDEAO qui soumet les plaintes à la Cour de Justice de la CEDEAO conformément à ses Protocoles.
2. Conformément au présent article, la procédure d'examen des plaintes n'empêche pas un État, un individu ou une partie prenante de porter l'affaire devant la Cour de Justice de la CEDEAO ou d'invoquer la procédure d'arbitrage ou la compétence de toute autre juridiction internationale telle que la Cour Africaine de Justice ou la Cour Africaine des Droits de l'Homme.

ARTICLE 18 : Procédures de règlements des différends

1. Les États membres doivent doter les communautés locales engagées dans des négociations et le règlement de différends miniers avec les titulaires de droit ou titre miniers des capacités nécessaires à cet effet.
2. Tout différend qui naît au sujet de l'interprétation et/ou de la mise en œuvre de la présente Directive doit être réglé par le biais de la négociation, de l'arbitrage ou

d'autres mécanismes alternatifs de règlement des différends, nonobstant les dispositions de l'Article 17 ci-dessus.

3. Si les parties ne parviennent pas à un accord tel qu'il est stipulé à l'alinéa (2) du présent article, l'affaire est portée devant la Cour de justice de la CEDEAO.

CHAPITRE VIII

DISPOSITIONS INSTITUTIONNELLES ET MISES EN OEUVRE

ARTICLE 19 : **Les Etats Membres**

1. Dans le cadre de la mise en œuvre de la présente Directive, les États Parties qui ne l'ont pas encore fait, institueront par voie législative et réglementaire une autorité compétente pour la réglementation des activités minières.
2. Les États Membres établiront les lignes budgétaires annuelles pour les dépenses relatives à la mise en œuvre de la présente Directive.
3. Les États Membres développent des Plans d'action nationaux pour la mise en œuvre des obligations résultant de la présente Directive et soumettent au Président de la Commission de la CEDEAO un rapport annuel sur sa mise en œuvre et sur les réussites et les échecs du secteur minier. Ce rapport devrait être publié par le Président dès sa réception.
4. Les États Membres mettent à la disposition du Président de la Commission de la CEDEAO leurs expériences sur les meilleures pratiques en matière de réglementation du secteur minier afin de l'aider à assumer les responsabilités contenues dans la présente Directive

ARTICLE 20 : **Le Président de la Commission de la CEDEAO**

1. La CEDEAO veille à harmoniser les guides et manuels du secteur minier afin de guider les opérations ou commissions du secteur minier des Etats parties.
2. Le Président de la Commission de la CEDEAO est chargé de soutenir et de superviser l'application des dispositions de la présente Directive. À cette fin, il :
 - a) Prend toutes les dispositions appropriées pour mobiliser les ressources nécessaires à la mise en œuvre de la présente Directive ;
 - b) Assure aux États membres l'appui financier et technique nécessaire à la réalisation de leurs activités ;
 - c) Soumet au Conseil des Ministres un rapport annuel sur l'état de mise en œuvre de la présente Directive.

ARTICLE 21 : **Coopération intra et inter étatique**

Les États membres s'engagent à promouvoir la coopération inter et intra étatique dans la mise en œuvre de la présente Directive. À cet effet :

- a) Le Président de la Commission de la CEDEAO prépare les procédures de coopération inter étatique entre les commissions minières nationales et les autres acteurs impliqués dans l'industrie minière.
- b) Le Président de la Commission de la CEDEAO favorise et recherche l'assistance nécessaire pour la formation des agents des commissions minières nationales et agences intervenant dans le secteur minier en vue de promouvoir la coopération inter étatique.
- c) Le Président de la Commission de la CEDEAO favorise et recherche l'assistance nécessaire pour la formation et pour obtenir l'expertise technique interne, entre les États membres et pour chaque état membre.

ARTICLE 22: Mise en œuvre

1. Les États membres prennent toutes les dispositions nécessaires pour se conformer à la présente Directive au plus tard le 1 juillet 2014.
2. Lorsque les États membres adoptent la présente Directive, les textes doivent contenir une référence à la présente Directive, ou doivent l'avoir en annexe lors de leur publication officielle.
3. Les États membres notifient à la Commission de la CEDEAO les mesures ou dispositions adoptées afin de se conformer aux dispositions de la présente Directive.
4. Le Président de la Commission de la CEDEAO nomme un Comité ad'hoc pour suivre l'application de la présente Directive par les États membres.

ARTICLE 23 : Difficultés dans la mise en oeuvre

1. Les États membres notifient au Président de la Commission de la CEDEAO les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la présente Directive.
2. Le Président de la Commission de la CEDEAO rend ensuite compte à la session suivante du Conseil des Ministres.

CHAPITRE IX

DISPOSITIONS GENERALES ET FINALES

ARTICLE 24: Dispositions générales

1. Les engagements découlant des dispositions de la présente Directive ne sont pas interprétés comme étant contraires à l'esprit et à la lettre des Conventions ou Accords liant un État membre à un État tiers, dès lors que ces Conventions et Accords ne sont pas contraires à l'esprit et à la lettre de la présente Directive.

2. Dans l'interprétation ou la mise en œuvre de la présente Directive, il peut être fait recours aux différents principes et conventions internationaux en matière de réglementation des entreprises commerciales.

ARTICLE 25 : Publication

1. Le présent Règlement sera publié par la Commission de la CEDEAO dans le Journal Officiel de la Communauté dans les trente (30) jours de sa date de signature par le Président du Conseil des Ministres.
2. Il sera également publié par chaque Etat Membre dans son Journal Officiel trente (30) jours après que la Commission le lui notifiera.

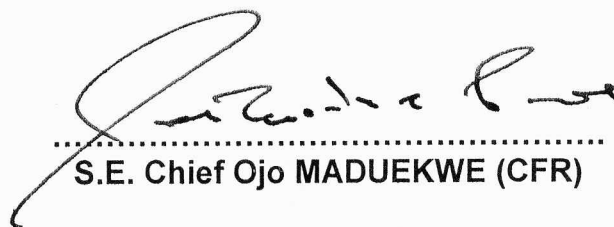
ARTICLE 26: Entrée en vigueur

1. La présente Directive entre en vigueur après sa publication dans le Journal officiel de la Communauté.

FAIT A ABUJA, LE 27 MAI 2009

POUR LE CONSEIL

LE PRESIDENT



.....
S.E. Chief Ojo MADUEKWE (CFR)

Annexe 2

UEMOA : Code minier communautaire

UEMOA

Code minier communautaire

Règlement n°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003

Titre 1 - Généralités

Chapitre 1 - Définitions

Art.1.- Aux fins du présent Code, on entend par :

- 1° UEMOA : Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, objet du Traité de l'UEMOA ;
- 2° Union : Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, objet du Traité de l'UEMOA ;
- 3° Etat membre : tout Etat partie prenante au Traité de l'UEMOA tel que prévu par son préambule ;
- 4° Commission : la Commission de l'UEMOA ;
- 5° Ressortissant de l'Union : toute personne physique ayant la nationalité de l'un des Etats membres de l'Union, qui réside ou non au sein de l'Union ou toute personne morale de droit d'un Etat membre de l'Union ;
- 6° Territoire de l'Union : l'ensemble des territoires des Etats membres de l'UEMOA y compris leurs eaux territoriales et leurs plateaux continentaux ;
- 7° Code Minier Communautaire : le présent texte, les règlements d'exécution et l'ensemble des règles applicables aux activités minières au sein de l'Union ;
- 8° Réglementation minière : le Code Minier Communautaire, les dispositions légales ou réglementaires nationales antérieures non contraires à celles du Code minier communautaire, les dispositions légales ou réglementaires nationales postérieures édictées sur des volets de l'activité minière non couverts par les prescriptions du présent Code ;
- 9° Date de première production : la date à laquelle la mine atteint une période continue de production de soixante jours à 90 % de sa capacité de production telle qu'établie dans l'étude de faisabilité qui a été notifiée aux autorités nationales ou la date de la première expédition à des fins commerciales ;
- 10° Etude d'impact sur l'environnement : une étude qui est destinée à exposer systématiquement les conséquences négatives ou positives d'un projet, d'un programme ou d'une activité, à court, moyen et long termes, sur les milieux naturel et humain ;
- 11° Exonérations : les réductions totales ou partielles des impôts, droits et taxes ;
- 12° Exploitation : l'ensemble des travaux préparatoires, d'extraction, de transport, d'analyse et de traitement effectués sur un gisement donné pour transformer les substances minérales en produits commercialisables et/ou utilisables ;
- 13° Exploitation artisanale : toute exploitation dont les activités consistent à extraire et concentrer des substances minérales et à récupérer les produits marchands en utilisant des méthodes et procédés manuels et traditionnels ;
- 14° Exploitation industrielle : toute exploitation fondée sur la mise en évidence préalable d'un gisement, possédant les installations fixes nécessaires pour la récupération, dans les règles de l'art, de substances minérales exploitées par des procédés industriels ;
- 15° Fournisseur : toute personne physique ou morale qui se limite à livrer des biens et services au titulaire d'un titre minier sans accomplir un acte de production ou de prestation de services se rattachant aux activités principales du titulaire du titre minier ;
- 16° Gîte naturel : toute concentration naturelle de minéraux dans une zone déterminée de l'écorce terrestre ;
- 17° Gisement : tout gîte naturel de substances minérales exploitables dans les conditions économiques du moment ;
- 18° Gîtes géothermiques : les gîtes naturels classés à haute ou basse température selon les

modalités établies dans la réglementation minière et dont on peut extraire de l'énergie sous forme thermique, notamment par l'intermédiaire des eaux chaudes et des vapeurs souterraines qu'ils contiennent ;

- 19° Liste Minière : liste des biens d'équipement et consommables établie conformément à la nomenclature du Tarif Extérieur Commun, normalement utilisés dans les activités minières et pour lesquels les droits et taxes à l'importation sont suspendus, modérés ou exonérés ;
- 20° Prospection : l'ensemble des investigations systématiques et itinérantes de surface par des méthodes géologiques, géophysiques ou autres en vue de déceler des indices ou des concentrations de substances minérales utiles ;
- 21° Petite mine : exploitation de petite taille, permanente, possédant un minimum d'installations fixes, utilisant dans les règles de l'art des procédés semi-industriels ou industriels et fondée sur la mise en évidence préalable d'un gisement. La détermination de la taille est fonction d'un certain nombre de paramètres interactifs, notamment : la taille des réserves, le niveau des investissements, le rythme de production, le nombre d'employés, le chiffre d'affaires annuel, le degré de mécanisation ;
- 22° Recherche : l'ensemble des travaux exécutés en surface, en profondeur et aéroportés pour établir la continuité d'indices de substances minérales, déterminer l'existence d'un gisement et en étudier les conditions d'exploitation ;
- 23° Société d'exploitation : personne morale de droit d'un Etat membre de l'Union créée en vue de l'exploitation d'un gisement situé dans cet Etat membre ;
- 24° Sous-traitant : toute personne physique ou morale exécutant un travail qui s'inscrit dans le cadre des activités principales du titulaire du titre minier.

Il s'agit notamment :

- des travaux de géologie, de géophysique, de géochimie et de sondage pour la prospection, la recherche et l'exploitation ;
- de la construction des infrastructures industrielles, de loisirs et d'approvisionnement en eau et électricité, administratives et socio-culturelles : voies, usines, bureaux, cités minières, supermarchés, éconômats, établissements socio-sanitaires et scolaires ;
- des travaux d'extraction minière, de transport et de stockage des matériaux et de traitement de minerais ;

- 25° Substances minérales : les substances naturelles amorphes ou cristallines, solides, liquides ou gazeuses ainsi que les substances organiques fossilisées et les gîtes géothermiques ;
- 26° Titre minier : autorisations, permis ou concessions ayant trait à la prospection, à la recherche et à l'exploitation de substances minérales.

Chapitre 2 - Champ d'application et principes

Art.2.- Le présent Code régit l'ensemble des opérations relatives à la prospection, à la recherche, à l'exploitation, à la détention, à la circulation, au traitement, au transport, à la possession, à la transformation et à la commercialisation de substances minérales sur toute l'étendue du territoire de l'Union, à l'exception des hydrocarbures liquides ou gazeux.

Art.3.- Le Code Minier Communautaire s'applique uniformément sur toute l'étendue du territoire de l'Union, à toute personne physique ou morale.

Art.4.- Les substances minérales contenues dans le sol et le sous-sol, les eaux territoriales et sur le plateau continental d'un Etat membre sont propriété de cet Etat. Toutefois, les titulaires des titres miniers d'exploitation acquièrent la propriété des substances minérales qu'ils extraient.

Art.5.- Nul ne peut entreprendre ou conduire une activité de prospection, de recherche et d'exploitation sur le territoire de l'Union sans avoir au préalable obtenu un titre minier dans les conditions fixées par la réglementation minière en vigueur au sein de l'Union.

Art.6.- Les gîtes naturels de substances minérales ou fossiles sont classés, relativement à leur régime légal, en carrières et en mines.

Sont considérés comme gîtes de substances minérales ou fossiles soumis au régime des carrières, outre les tourbières, les gîtes de matériaux de construction, d'ornementation, d'empierrement et de viabilité, des matériaux pour l'industrie céramique, des matériaux d'amendement pour les cultures de terre et autres substances analogues, à l'exception des phosphates, nitrates, sels alcalins et autres sels associés dans les mêmes gisements.

Sont considérés comme mines les gîtes des substances minérales ou fossiles qui ne sont pas classés comme carrières.

Art.7.- Certains gîtes peuvent être classés comme carrières ou comme mines suivant l'usage auquel les substances minérales qu'ils contiennent sont destinées dans les conditions définies par les règlements d'exécution du présent Code.

Les installations et facilités annexes sont soumises au même régime juridique que les gîtes naturels de substances auxquels elles se rapportent. Sont considérées comme annexes, les installations de toute nature nécessaires à l'exploitation.

Art.8.- Les carrières sont régies, en l'absence de textes communautaires, par la législation nationale de chaque Etat membre.

Art.9.- La détermination de la nature des titres miniers, les obligations et les droits liés aux titres miniers et leur gestion administrative sont régis, en l'absence de textes communautaires, par la législation nationale de chaque Etat membre.

Art.10.- L'occupation des terrains nécessaires à l'activité de prospection, de recherche ou d'exploitation de substances minérales et aux industries qui s'y rattachent ainsi que les relations entre les propriétaires du sol et autres occupants et les détenteurs de titres miniers s'effectuent, en l'absence de textes communautaires, selon les conditions et modalités établies par la réglementation nationale de chaque Etat membre.

Art.11.- Les règles de sécurité et d'hygiène applicables aux travaux de prospection, de recherche et d'exploitation de substances minérales, au transport, au stockage, à l'utilisation des substances explosives et produits dangereux, à la protection de l'environnement, à la réhabilitation des sites exploités et à la conservation du patrimoine forestier et archéologique sont fixées par la réglementation minière au sein de l'Union.

Toute personne physique ou morale exécutant des travaux de prospection, de recherche ou d'exploitation de substances minérales est tenue de les exécuter selon les règles de l'art, de façon à garantir la sécurité des personnes et des biens.

Art.12.- Chaque fois que le titulaire d'un titre minier prend la décision d'exploiter un gisement, sur la base d'une étude de faisabilité, il entame les démarches pour la création d'une Société d'Exploitation à laquelle le titre minier relatif à l'exploitation est délivré.

L'octroi de ce titre minier, par un Etat membre, donne droit à cet Etat à une participation de 10 %

au capital social de la Société d'Exploitation pendant toute la durée de la mine. Cette participation, libre de toutes charges, ne doit connaître aucune dilution en cas d'augmentation du capital social. Toute participation additionnelle d'un Etat membre au capital social d'une Société d'Exploitation est contributive et se fait par négociation.

Titre 2 - Garanties et obligations

Chapitre 1 - Garanties

Art.13.- Les Etats membres, conformément aux textes en vigueur au sein de l'Union, garantissent aux titulaires de titres miniers, à leurs fournisseurs et à leurs sous-traitants :

- le droit de disposer librement de leurs biens mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels et d'organiser leur entreprise qui est notamment garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition. La propriété privée est protégée dans tous ses aspects juridiques et commerciaux, ses éléments et ses démembrements, sa transmission et les contrats dont elle fait l'objet ;
- la libre importation des marchandises, matériaux, matériels, machines, équipements, pièces de rechange et biens consommables, sous réserve du respect du présent Code et du Code des Douanes de l'UEMOA.

Art.14.- Les Etats membres garantissent aux titulaires de titres miniers le libre choix des fournisseurs, des sous-traitants ainsi que des partenaires.

Toutefois, les titulaires de titres miniers, leurs fournisseurs et leurs sous-traitants utilisent autant que possible des services et matières d'origine communautaire, les produits fabriqués ou vendus dans l'Union dans la mesure où ces services et produits sont disponibles à des conditions compétitives de prix, qualité, garantie et délai de livraison.

Art.15.- Les Etats membres, conformément aux dispositions de la Réglementation des changes en vigueur au sein de l'Union, garantissent aux titulaires de titres miniers, à leurs fournisseurs et à leurs sous-traitants :

- le libre transfert de devises nécessaires aux activités régies par le présent Code, notamment pour assurer les paiements normaux et courants en faveur de leurs créanciers et fournisseurs, hors de l'Union ;
- le libre transfert des bénéfices nets à distribuer aux associés non ressortissants de l'Union et

de toutes sommes affectées à l'amortissement des financements obtenus auprès d'institutions non ressortissantes de l'Union et des sociétés affiliées aux titulaires des titres miniers après avoir payé tous les impôts et taxes prévus par les textes en vigueur au sein de l'Union ;

- le libre transfert des bénéfices et des fonds provenant de la liquidation d'actifs après le paiement des taxes et droits de douane et des impôts prévus par les textes en vigueur au sein de l'Union ;
- le libre transfert par le personnel non ressortissant de l'Union employé par les titulaires de titres miniers, des économies réalisées sur leur traitement ou résultant de la liquidation d'investissements dans un Etat membre de l'Union ou de la vente de leurs effets personnels après paiement des impôts, des taxes et toutes autres cotisations prévus par les textes en vigueur au sein de l'Union.

Art.16.- Les Etats membres, conformément aux textes en vigueur au sein de l'Union, garantissent aux titulaires de titres miniers, à leurs fournisseurs et à leurs sous-traitants :

- le libre choix de la politique de gestion des ressources humaines, avec toutefois, en cas de recrutement, une préférence à accorder, à qualifications égales, aux ressortissants de l'Union ;
- la libre circulation et la libre commercialisation des produits semi-finis et finis ainsi que de toutes substances et tous produits provenant des activités d'exploitation ;
- la libre circulation des échantillons destinés aux tests et analyses.

Art.17.- La stabilité du régime fiscal et douanier prévu dans la réglementation en vigueur au sein de l'Union est garantie aux titulaires de titres miniers pendant la période de validité de leurs titres. Pendant la période de validité de ces titres miniers, les règles d'assiette et de liquidation des impôts, droits et taxes prévus par la réglementation en vigueur demeurent telles qu'elles existent à la date de délivrance desdits titres miniers et aucune nouvelle taxe ou imposition de quelque nature que ce soit n'est applicable au titulaire ou bénéficiaire pendant cette période.

Cependant, en cas de diminution des charges fiscales et douanières ou de leur remplacement par un régime fiscal et douanier plus favorable, les titulaires de titres miniers pourront opter pour ce régime plus favorable à condition qu'ils l'adoptent dans sa totalité.

Chapitre 2 - Obligations

Art.18.- Tout titulaire de titre minier exécutant des travaux de prospection, de recherche ou d'exploitation de substances minérales est tenu, sur toute l'étendue du territoire de l'Union, au respect de la législation nationale de son lieu d'activités et, en l'absence de textes communautaires, des obligations générales suivantes :

- respecter l'ordre public ;
- se conformer à la réglementation régissant la création et le fonctionnement des entreprises ;
- réaliser des études d'impact sur l'environnement pour la phase d'exploitation ;
- respecter les règlements sur l'environnement ;
- mettre en place un plan de surveillance ainsi qu'un programme de réhabilitation de l'environnement ;
- fournir aux autorités compétentes les documents comptables et financiers, les rapports d'exécution sur leur programme, l'emploi et autres informations utiles.

Art.19.- Les titulaires de titres miniers doivent tenir une comptabilité régulière suivant le référentiel comptable en vigueur au sein de l'UEMOA dénommé Système Comptable Ouest Africain (SYS-COA).

Art.20.- La fiscalité applicable aux titulaires de titres miniers relatifs à la petite mine et à l'exploitation minière artisanale ainsi que les avantages qui leurs sont concédés font l'objet d'un texte communautaire spécifique.

Art.21.- Les titulaires de titres miniers sont tenus de s'acquitter des droits fixes liés aux demandes d'attribution, de renouvellement, de cession, de transmission, d'amodiation, de transformation de titres miniers relatifs à la prospection, à la recherche ou à l'exploitation. Les montants de ces droits et les modalités de leur règlement sont déterminés, en l'absence de textes communautaires, par la législation minière nationale de chaque Etat membre.

Art.22.- Tout titulaire d'un titre minier est soumis au paiement annuel d'une taxe superficielle dont le montant et les modalités de règlement sont fixés, en l'absence de textes communautaires, par la législation minière nationale de chaque Etat membre.

Art.23.- Tout titulaire d'un titre minier en phase d'exploitation est soumis au paiement d'une redevance minière dont le taux et l'assiette sont fixés par les règlements d'exécution du présent Code.

Art.24.- Outre les paiements de droits fixes, de taxes superficielles et de redevances minières ci-dessus prévus, les titulaires de titres miniers sont assujettis au paiement des impôts, droits de douane et taxes d'effet équivalent conformément à la réglementation communautaire en vigueur.

Titre 3 - Avantages particuliers

Art.25.- Les avantages particuliers accordés aux titulaires de titres miniers se rapportent aux phases de recherche et d'exploitation et sont d'ordre douanier et fiscal.

Les biens d'équipement et consommables importés en phases de recherche et d'exploitation font l'objet d'une Liste Minière. Cette liste est établie et périodiquement mise à jour par la Commission.

Chapitre 1 - Avantages particuliers accordés durant la phase de recherche

Art.26.- Les avantages douaniers consentis aux titulaires de titres miniers en phase de recherche consistent en Admission Temporaire et en exonérations.

Les biens d'équipement importés pour la recherche au sein de l'Union bénéficient du régime de l'Admission Temporaire pendant toute la validité du titre minier en phase de recherche.

En cas de cession ou de vente de ces biens d'équipement, les droits et taxes de douane sont perçus selon la réglementation douanière en vigueur au sein de l'Union.

Les matériaux, les pièces de rechange ainsi que les carburants et lubrifiants nécessaires au fonctionnement des biens d'équipement utilisés pour les travaux de recherche bénéficient de l'exonération totale des droits et taxes de douane à l'exception du Prélèvement Communautaire de Solidarité (PCS) et de la Redevance Statistique (RS).

Art.27.- Les avantages fiscaux consentis aux titulaires de titres miniers en phase de recherche concernent les exonérations :

- de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) ;
- de l'impôt sur les bénéfices ;
- de l'impôt minimum forfaitaire ou son équivalent ;
- de la taxe patronale sur les traitements et salaires ;

- de la contribution des patentes ;
- des impôts fonciers ;
- des droits d'enregistrement sur les apports effectués lors de la constitution ou de l'augmentation du capital des sociétés.

Chapitre 2 - Avantages particuliers accordés durant la phase d'exploitation

Art.28.- Les avantages visés au présent chapitre sont accordés aux titulaires des titres miniers d'exploitation industrielle.

Art.29.- Les avantages douaniers consentis aux titulaires de titres miniers en phase d'exploitation consistent en Admission Temporaire et en exonérations.

Pendant toute la durée de validité des titres miniers en phase d'exploitation, leurs titulaires bénéficient de l'exonération des droits et taxes, à l'exception de la Redevance Statistique (RS) exigible sur les produits pétroliers destinés à la production d'énergie, à l'extraction, au transport et au traitement du minerai ainsi qu'au fonctionnement et à l'entretien des infrastructures sociales et sanitaires.

Il est accordé, pendant une période se terminant à la fin de la troisième année à compter de la Date de Première Production, l'Admission Temporaire sur les biens d'équipement figurant sur la Liste Minière.

A compter de la fin de cette période et pendant toute la durée de validité résiduelle des titres miniers en phase d'exploitation, leurs titulaires sont assujettis au paiement des droits et taxes habituellement exigibles sur les biens d'équipement figurant sur la Liste Minière et ce, conformément aux textes communautaires en vigueur.

Toutefois, l'équipement ayant servi à l'exécution des travaux d'exploitation bénéficie de l'exonération de tous les droits et taxes de sortie habituellement exigibles à la réexportation.

En cas de cession ou de revente d'un article placé sous le régime de l'Admission Temporaire, les titulaires de titres miniers en phase d'exploitation deviennent redevables de tous les droits et taxes.

Art.30.- Il est accordé, pendant une période se terminant à la Date de Première Production, l'exonération de tous droits et taxes d'entrée exigibles sur l'outillage, les pièces de rechange, à l'exclusion de celles destinées aux véhicules de

tourisme et tout véhicule à usage privé, les matériels et les matériels destinés à être intégrés à titre définitif dans les ouvrages.

Pendant toute la validité des titres miniers en phase d'exploitation, leurs titulaires bénéficient de l'exonération totale des droits et taxes d'entrée sur les produits chimiques, les réactifs, les huiles et les graisses pour les biens d'équipement.

Art.31.- Les titulaires des titres miniers en phase d'exploitation peuvent bénéficier de l'application d'un système d'amortissement accéléré.

Art.32.- Le titulaire d'un titre minier relatif à l'exploitation est autorisé à constituer, en franchise de l'impôt sur les bénéfices, une provision pour la reconstitution du gisement. Les modalités de constitution et d'utilisation de cette provision sont déterminées par le règlement d'exécution du présent Code.

Art.33.- Les titulaires des titres miniers en phase d'exploitation bénéficient de l'exonération :

- pendant une période s'achevant à la Date de la Première Production de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) ;
- pendant trois ans à compter de la Date de la Première Production : · de la contribution des patentes ; · de l'impôt sur les bénéfices ; · de la taxe patronale sur les traitements et salaires ;
- pendant toute la durée de l'exploitation : · des impôts fonciers ; · de l'impôt minimum forfaitaire ou son équivalent.

Titre 4 - Dispositions spéciales

Art.34.- Tout sous-traitant non ressortissant de l'Union qui fournit, pour une durée de plus de six mois, des prestations de services pour le compte des titulaires de titres miniers, est tenu de créer une société conformément à la réglementation en vigueur au sein de l'Union.

La durée de la sous-traitance ne fait toutefois pas obstacle à l'exécution des obligations fiscales conformément à la réglementation en vigueur au sein de l'Union.

Tout sous-traitant, quelle que soit la durée de sa prestation de services pour le compte d'un titulaire de titre minier, bénéficie des mêmes avantages fiscaux et douaniers que celui-ci.

Art.35.- Les différentes dispositions du présent Code sont précisées dans les règlements d'exécution et dans une Convention-type établis par la Commission.

Art.36.- Le non-respect des dispositions du présent Code donne lieu au retrait des avantages sus-énoncés sans préjudice des sanctions prévues par la réglementation minière en vigueur au sein de l'Union.

Titre 5 - Règlement des différends

Art.37.- Toute infraction aux dispositions du présent Code relève des juridictions nationales.

Les différends nés de l'interprétation ou de l'application d'une convention conclue entre un titulaire de titre minier et un Etat membre conformément aux dispositions du présent Code et qui n'ont pas trouvé solution à l'amiable sont soumis :

- à la Cour de Justice de l'Union, lorsqu'ils relèvent de son domaine de compétence,
- à toute instance arbitrale expressément désignée par les parties, dans une convention, un compromis d'arbitrage ou une clause compromissoire.

Titre 6 - Dispositions transitoires

Art.38.- Les titres miniers en cours de validité à la date d'entrée en vigueur du présent Code restent valables pour la durée et les substances pour lesquelles ils sont délivrés.

Ils conservent leur définition pendant toute la durée de leur validité. Les renouvellements se feront conformément aux dispositions du présent Code.

Les conventions et les accords en vigueur à cette date demeurent également valables pour leur durée de validité.

Titre 7 - Dispositions finales

Art.39.- Conformément aux dispositions de l'article 24 alinéa 1er du Traité de l'UEMOA, la Commission est habilitée à prendre les Règlements d'exécution du présent Code.

Art.40.- La procédure de modification du présent Code est la même que celle qui a présidé à son élaboration et à son adoption.

Art.41.- Le présent Règlement qui abroge et remplace toutes dispositions antérieures contraires, entre en vigueur à compter de sa date de signature et sera publié au Bulletin Officiel de l'Union.

Annexe 3

Code des investissements de la Côte d'Ivoire

**ORDONNANCE N° 2012 – 487 DU 07 JUIN 2012
PORTANT CODE DES INVESTISSEMENTS**

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE

- Vu la constitution ;
- Vu la décision n° 001/ PR du 03 octobre 2011 relative aux ordonnances du Président de la République ;
- Vu le Code Général des Impôts ;

LE CONSEIL DES MINISTRES ENTENDU

ORDONNE

TITRE I : DISPOSITIONS GENERALES

Article 1 : Aux termes de la présente Ordonnance, il faut entendre par :

- a) **Agent public** : toute personne désignée, nommée ou élue exerçant des fonctions publiques sur une base permanente ou temporaire ;
- b) **Code** : le présent Code des Investissements ;
- c) **Création d'activité** : la réalisation d'un projet par une nouvelle entreprise ou une entreprise déjà existante qui investit dans un autre secteur d'activité ;
- d) **Début de réalisation des travaux** : les travaux de génie civil et les acquisitions de matériels et d'équipements pour un montant représentant au moins 66% du montant total de l'investissement ;
- e) **Développement d'activité** : la réalisation par une entreprise d'un projet d'extension, de diversification, d'intégration ou de modernisation dans les conditions définies ci-après :

- l'extension est l'accroissement de la capacité de production d'une entreprise indépendamment de la nature de ses activités ;
- la diversification est la fabrication d'un produit nouveau ou la création d'une nouvelle branche d'activité par une entreprise déjà existante impliquant l'acquisition de nouveaux matériels ;
- la modernisation est le renouvellement des équipements de production, en vue d'une mise à niveau technologique ou pour répondre à des exigences de qualité ou de marché.

Les activités d'extension, de diversification ou de modernisation doivent faire l'objet d'une comptabilité distincte dont les modalités sont précisées par les arrêtés d'agrément.

- f) **Emploi durable** : tout emploi correspondant à un poste de travail permanent ;
- g) **Emploi décent** : un travail effectué dans des conditions de liberté, d'équité, de sécurité, dignité ;
- h) **Industrie** : activité économique orientée vers l'extraction, la production et la transformation ;
- i) **Investissement** : les capitaux employés par toute personne, physique ou morale, pour l'acquisition de biens mobiliers, matériels et immatériels et pour assurer le financement des frais de premier établissement ; ainsi que les besoins en fonds de roulement, indispensables à la création ou à l'extension d'entreprises ;
- j) **Investissements verts** : investissements favorables à la sauvegarde de l'environnement et concourant au développement durable ;
- k) **Investisseur** : toute personne, physique ou morale, de nationalité ivoirienne ou non, réalisant dans les conditions définies dans le cadre du présent Code, des opérations d'investissement sur le territoire de la Côte d'Ivoire ;
- l) **Mouvements populaires** : mouvements de foules déchainées dans le cadre d'une crise politique et sociale grave en Côte d'Ivoire ;
- m) **Organisme national chargé de la promotion des Investissements** : la structure ou l'institution mandatée par l'Etat pour assurer la promotion des investissements en Côte d'Ivoire ;
- n) **Petite et Moyenne Entreprise** : toute entreprise qui emploie moins de deux cent (200) employés permanents et réalise un chiffre d'affaires inférieur à 1 milliard (1.000.000.000) de francs CFA ;

- o) **Responsabilité sociétale** : la responsabilité de l'investisseur vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement ;
- p) **Produit** : tout objet obtenu suite à une activité de transformation industrielle, artisanale, agricole et de pêche ou de services ;
- q) **Services de soutien à l'industrie** : les services fournis par les organismes et les entreprises d'évaluation de la conformité aux normes ;
- r) **Sommier de gestion** : registre de suivi des importations des investisseurs bénéficiant des régimes d'aides ;
- s) **Zones d'investissements** : trois zones dont la composition est fixée par décret.

Article 2 : La présente Ordonnance portant Code des Investissements fixe les conditions, avantages et règles générales applicables aux investissements directs, nationaux et étrangers, réalisés en Côte d'Ivoire.

Article 3 : Le présent Code a pour objectifs :

- a) de favoriser et de promouvoir les investissements productifs, les investissements verts et socialement responsables en Côte d'Ivoire ;
- b) d'encourager la création et le développement des activités orientées notamment vers :
 - la transformation des matières premières locales ;
 - la création d'emplois durables et décents ;
 - la production de biens compétitifs pour le marché intérieur et l'exportation ;
 - la technologie, la recherche et l'innovation ;
 - la protection de l'environnement et l'amélioration de la qualité de la vie ;
 - l'amélioration de la qualité des produits ;
 - l'entrepreneuriat agricole ;
 - la sécurité alimentaire ;
 - les filières agro-industrielles ;
 - la promotion économique régionale ;
 - les grands projets d'infrastructures ;
 - le développement touristique et l'hôtellerie ;
 - l'artisanat ;
 - les activités agro-sylvopastorales ;
 - tous projets éducatifs ;
 - l'habitat social ;
 - les filières vertes dans le cadre de l'investissement vert.

Article 4 : Le présent Code s'applique à tous les investissements privés réalisés en Côte d'Ivoire par une personne physique ou morale, à l'exception des investissements bénéficiant de régimes d'aides spécifiques déterminés par le Code Général des Impôts ou des lois particulières.

TITRE II : GARANTIES ACCORDEES AUX INVESTISSEURS

Article 5 : Les investissements dans chacun des secteurs visés par les dispositions du présent Code sont réalisés librement dans le respect des lois et règlements en vigueur en Côte d'Ivoire.

Article 6 : Sans préjudice de la politique nationale de promotion de l'entrepreneuriat national, les personnes physiques ou morales de nationalité étrangère reçoivent un traitement identique à celui accordé aux personnes physiques ou morales de nationalité ivoirienne.

L'application du principe d'égalité de traitement se fait dans le respect des dispositions des Traités et Accords conclus par la République de Côte d'Ivoire.

Article 7 : L'Etat met en place en cas de nécessité, des mécanismes d'aide pour assister les entreprises qui subissent des dommages par des mouvements populaires.

Article 8 : L'accès aux devises n'est pas limité. Aucune restriction ne peut être faite aux investisseurs pour l'obtention de devises nécessaires à leurs activités.

Les investisseurs, à condition de respecter la réglementation des changes, ont libre accès aux devises, pour notamment :

- assurer les paiements courants ;
- financer leurs fournitures et prestations diverses de services réalisées avec des personnes physiques ou morales étrangères.

Article 9 : Conformément aux Accords et Traités internationaux auxquels il a souscrit, l'Etat de Côte d'Ivoire protège les droits de propriété intellectuelle, notamment les brevets, marques et noms commerciaux.

Article 10 : Les investisseurs jouissant des avantages prévus par le présent Code, continuent à bénéficier desdits avantages, nonobstant toutes nouvelles dispositions contraires.

Article 11 : La propriété privée de tous biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, est protégée en tous ses aspects, ses éléments et ses démembrements, sa transmission et les contrats dont elle fait l'objet.

Nonobstant les dispositions de l'alinéa précédent, la transmission des terres relevant du foncier rural ne peut être réalisé que conformément aux dispositions de la loi 98 -555 du 23 décembre 1998 relative au domaine foncier rural telle que modifiée par la loi 2004 412 du 14 août 2004.

Article 12 : L'admission au bénéfice de dispositions plus favorables du présent Code se fait à la demande de l'investisseur, selon les modalités fixées par décret.

Article 13 : La liberté d'accès aux matières premières brutes, ou semi-finies produites sur le territoire national, est garantie à tout investisseur. En cas de nécessité, l'Etat prend les mesures nécessaires pour garantir l'exercice effectif de la liberté d'accès aux matières premières.

La liberté d'accès aux matières premières est subordonnée à l'application par l'investisseur concerné, d'une politique d'achat garantissant aux producteurs une juste rémunération.

L'Etat prend toutes les dispositions nécessaires pour garantir les intérêts des producteurs en cas de nécessité.

Article 14 : L'Etat de Côte d'Ivoire garantit à tout investisseur la liberté de désignation des membres du conseil d'administration, du directeur général ou du gérant, selon le cas.

Article 15 : L'Organisme national chargé de la promotion des investissements prend toutes les mesures pour faciliter l'obtention des visas de travail et visas de séjour.

Les visas de travail et visas de séjour sont accordés dans le cadre de l'application du présent Code exclusivement aux dirigeants d'entreprises, aux actionnaires et à toutes personnes en mission pour le compte des entreprises.

Article 16 : Aucun investisseur ne peut être privé de la propriété de ses investissements si ce n'est pour cause d'utilité publique et sous la condition d'une juste et préalable indemnisation.

Article 17 : L'Etat de Côte d'Ivoire autorise les transferts d'actifs se rapportant aux investissements sous réserve de régularité fiscale.

Toutefois, l'Etat de Côte d'Ivoire peut empêcher un transfert à travers l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses textes concernant :

- la protection des droits des créanciers ;
- la protection de l'environnement ;
- les infractions pénales ;
- les transferts de devises ou autres instruments monétaires ;
- la mise en œuvre de titre exécutoire ;
- l'exécution de jugements rendus à l'issue de procédures judiciaires ;
- l'exécution des sentences arbitrales.

Article 18 : Tout expatrié, membre du personnel d'une entreprise bénéficiant des dispositions du présent Code, est autorisé à transférer librement, conformément aux dispositions de la réglementation des changes, tout ou partie de sa rémunération, quels qu'en soient la nature juridique et le montant exprimé en monnaie locale ou en devises.

Article 19 : L'Etat de Côte d'Ivoire réalise et facilite, l'accès des investisseurs à des zones industrielles aménagées, à des terres agricoles et à des zones d'intérêt touristique selon le cas. Il prend les mesures de sécurité nécessaires pour protéger les entreprises implantées dans les zones concernées sans que cela puisse constituer une obligation de résultat.

Article 20 : L'Etat garantit aux investisseurs, le droit à un procès équitable pour tout litige né dans le cadre de l'application des dispositions du présent Code.

Tout différend ou litige entre les personnes physiques ou morales étrangères et la République de Côte d'Ivoire, relatif à l'application du présent Code, à défaut d'un règlement amiable, est réglé par les juridictions ivoiriennes ou par un tribunal arbitral. Les compétences du tribunal arbitral sont déterminées dans les conditions ci-après :

- des Accords et Traités relatifs à la protection des investissements sont conclus entre la République de Côte d'Ivoire et l'Etat dont la personne physique ou morale étrangère concernée est ressortissante ;
- une procédure de conciliation et d'arbitrage dont les parties sont convenues est définie ;
- la Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, établie sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement et ratifiée par la République de Côte d'Ivoire en vertu du décret n° 65-238 du 26 juin 1965, est applicable ;
- la personne concernée ne remplit pas les conditions de nationalité stipulée à l'article 25 de la convention susvisée, conformément aux dispositions des règlements du mécanisme supplémentaire, approuvé par le Conseil d'Administration du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, en abrégé CIRDI. Le consentement des parties à la compétence du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire, selon le cas, requis par les instruments les régissant, est constitué pour la République de Côte d'Ivoire par le présent article, et est exprimé expressément dans la demande d'agrément pour la personne concernée.

TITRE III : OBLIGATIONS DES INVESTISSEURS

Article 21 : Les investisseurs s'obligent au respect des lois et règlements de l'Etat de Côte d'Ivoire.

Article 22 : Le principe de liberté d'investissement ne fait pas obstacle à l'application de la politique nationale destinée à favoriser l'association entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers.

Article 23 : L'investisseur privilégie le recours à des fournisseurs et sous-traitants locaux avec qui il entretient des relations mutuellement bénéfiques.

L'investisseur contribue au renforcement du savoir-faire du personnel local notamment par la formation et le transfert de technologies.

Article 24 : Les investisseurs bénéficiant d'avantages institués par le présent Code sont tenus de se conformer aux normes techniques, sociales, sanitaires et environnementales, nationales ou, à défaut, internationales applicables à leurs produits, services et environnement de travail. Ils devront se conformer, en outre, aux normes relatives aux systèmes de management de la qualité.

Article 25 : L'investisseur contribue à la promotion des normes en matière de droit de la personne et de droit du travail en appliquant les principes reconnus internationalement, notamment, ceux contenus dans la norme ISO 26 000.

L'investisseur fournit à ses collaborateurs des conditions d'hygiène et de sécurité conformes à la législation locale et s'engage dans les activités de responsabilité sociétale par la réalisation de projets sociaux au profit des communautés où l'entreprise est installée.

Article 26 : L'investisseur recrute en priorité la main d'œuvre nationale et contribue à accroître la qualification de ses collaborateurs locaux, notamment par la formation continue, le développement de compétences nationales à travers des stages de perfectionnement.

Article 27 : Les investisseurs sont tenus de se conformer à la législation nationale en matière d'environnement.

Article 28 : L'investisseur s'abstient de tout acte de corruption et de tout acte d'infractions connexes avant ou après son établissement.

Les actes de corruption en matière d'investissement sont punis conformément à la législation en vigueur et entraînent, de plein droit, la déchéance des avantages accordés.

Les fonds utilisés pour réaliser des investissements sur le territoire de la République de Côte d'Ivoire ne peuvent provenir d'activités illicites et notamment résulter d'opérations de blanchiment d'argent et de terrorisme.

TITRE IV : REGIMES D'INCITATION

SOUS-TITRE I : REGIME DE DECLARATION

Chapitre I : Procédures

Article 29 : Les projets d'investissement font l'objet d'une déclaration déposée auprès de l'Organisme national chargé de la promotion des investissements, qui est tenu de délivrer une attestation de dépôt dans les deux jours qui suivent la réception de la déclaration.

L'Organisme national chargé de la promotion des investissements tient à la disposition des investisseurs des formulaires adaptés aux différents types d'investissements prévus par le présent Code.

Article 30 : L'attestation de dépôt visé à l'article 29 confère de plein droit, au déclarant, le bénéfice des avantages définis aux articles 36 et 37 ci-dessous.

La jouissance des avantages est toutefois subordonnée à la réalisation effective des investissements constatés par le Ministère en charge de l'Industrie et de la promotion du Secteur Privé, l'Organisme national chargé de la promotion des Investissements, la Direction Générale des Impôts et la Direction Générale des Douanes.

Chapitre II : Champ d'application du régime de déclaration

Article 31 : Le régime de déclaration est applicable à toutes les entreprises exerçant leurs activités dans le cadre des secteurs visés à l'article 33 ci-après.

Article 32 : Le régime de déclaration dont les conditions d'application sont définies à l'article 38 ci-dessous, s'applique aux investissements relatifs aux opérations de création d'activités.

Article 33 : Le régime de déclaration défini par le présent Code s'applique aux secteurs d'activités suivants :

- Agriculture et agro industrie, foresterie, élevage, pêche et pisciculture y compris les activités de stockage et de conservation ;

- Industries extractives ;
- Production, transport et distribution d'énergie ;
- Production d'énergie ;
- Industries manufacturières et industries métallurgiques ;
- industries culturelles ;
- Santé ;
- Tourisme ;
- Services de soutien à l'industrie ;
- Nouvelles technologies ;
- Travaux publics ;
- Textile ;
- Industrie du bois ;
- Montage et assemblage ;
- Transport ;
- Sécurité et protection de l'environnement ;
- Education et encadrement de l'enfance ;
- Artisanat ;
- Habitat et aménagements fonciers ;
- Bâtiment à usage industriel ;
- Autres secteurs définis par décret, à l'exception des bâtiments à usage non industriel, du commerce et des services bancaires et financiers.

Les investissements éligibles dans les secteurs d'activités visés ci-dessus, sont précisés par décret.

Chapitre III : Avantages accordés

Article 34 : Le bénéfice des avantages liés au régime de déclaration varie en fonction du lieu de réalisation de l'investissement.

A cette fin, le territoire ivoirien est divisé en trois zones A, B, C définies par décret pris en Conseil des Ministres.

Article 35 : La durée du bénéfice des avantages accordés est de :

- Cinq (5) ans pour les investissements réalisés en zone A ;
- huit (8) ans pour les investissements réalisés en zone B ;
- quinze (15) ans pour les investissements réalisés en zone C.

Ces durées sont majorées des délais de réalisation du programme d'investissement.

Le bénéfice des avantages est acquis dès la constatation de la réalisation du programme d'investissement selon les modalités fixées par décret.

Article 36 : Les avantages accordés en régime de déclaration concernent exclusivement la phase d'exploitation.

Article 37 : Les entreprises admises au régime de déclaration bénéficient au titre de la réalisation de leurs programmes d'investissements relatifs à la création d'activité, des avantages ci-après :

- Investissements réalisés en zone A :
 - exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ;
 - exonération de la contribution des patentes et licences.
- Investissements réalisés en zone B :
 - exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ;
 - exonération de la contribution des patentes et licences ;
 - réduction de 80% du montant de la contribution à la charge des employeurs, à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue.
- Investissements réalisés en zone C :
 - exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ;
 - exonération de la contribution des patentes et licences ;
 - réduction de 90% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue ;
 - exonération d'impôt sur le patrimoine foncier ;
 - exonération de droits d'enregistrement en cas d'augmentation de capital.

Les exonérations portant sur le bénéfice industriel et commercial, ou le bénéfice non commercial ou le bénéfice agricole et la contribution des patentes et licences sont réduites à 50%, puis à 25% des montants normalement dus, respectivement l'avant dernière et la dernière année de bénéfice des avantages.

Article 38 : Le bénéfice des avantages liés au régime de déclaration est subordonné :

- à la tenue d'une comptabilité régulière conformément aux dispositions du droit comptable OHADA, aussi bien pour les sociétés que pour les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou non, telle que définie par le Code Général des Impôts ;
- à la soumission à un régime réel d'imposition (régime simplifié ou régime réel normal) ;
- au respect des normes environnementales conformément à la législation en vigueur ;
- aux investissements en outillages neufs et adaptés à la transformation de la ressource disponible, dans le cadre de la gestion durable du patrimoine forestier.

En cas d'exercice d'une activité mixte ou de plusieurs activités, seules les activités éligibles ouvrent droit au bénéfice des avantages prévus par le présent Code. A cet effet, l'entreprise tient une comptabilité permettant d'isoler les chiffres liés aux activités éligibles.

SOUS-TITRE II : REGIME D'AGREMENT A L'INVESTISSEMENT

Chapitre I : Instructions des demandes et délivrances d'agréments

Article 39 : L'Organisme national chargé de la promotion des Investissements, donne son avis technique sur chaque programme d'investissement et sur les projets implantés dans les espaces économiques spéciaux.

L'agrément à l'investissement est accordé par décision de l'Organisme national chargé de la promotion des Investissements dans un délai de dix-neuf jours ouvrables à compter de la date de délivrance de l'attestation de recevabilité.

En cas de non respect du délai maximum de vingt et un jours ouvrés d'examen du dossier par l'Organisme national chargé de la promotion des Investissements, l'opérateur saisit le Premier Ministre, chef du Gouvernement, qui dispose de cinq jours ouvrables pour prendre les mesures appropriées.

Les dossiers déposés par les investisseurs sont analysés sur la base de l'importance stratégique de l'investissement en ce qui concerne la valeur ajoutée apportée à l'économie ivoirienne et aux objectifs de développement économique et social de l'Etat.

Article 40 : Tout investisseur, désirant bénéficier des avantages particuliers prévus par le présent Code, est tenu de déposer un dossier de demande d'agrément auprès de la Commission Technique Interministérielle des Investissements visée à l'article 39.

Le dossier visé à l'alinéa précédent comporte outre la demande, des renseignements précis sur les investisseurs, des informations sur le programme, notamment sa nature, son montant ainsi que toute information nécessaire à la délivrance de l'agrément et à son suivi.

En cas d'extension, de modernisation ou de diversification, l'entreprise présente en plus un quitus fiscal.

L'attestation de recevabilité est délivrée dans les deux jours ouvrables qui suivent le dépôt du dossier.

Article 41 : Le régime d'agrément à l'investissement est applicable à toutes entreprises exerçant leurs activités dans le cadre des secteurs visés à l'article 43, conformément au critère de seuils.

Le critère de seuils comprend un seuil inférieur et un seuil supérieur dont les montants sont fixés par décret pris en Conseil des Ministres.

Chapitre II : Champ d'application du régime d'agrément

Article 42 : Le régime d'agrément s'applique aux investissements relatifs aux opérations de création ou de développement d'activités.

Les conditions d'application de ce régime sont définies aux articles 40 et 41 ci-dessus.

Article 43 : Le régime d'agrément à l'investissement s'applique à tous les secteurs d'activités, à l'exception des bâtiments à usage non industriel, du commerce et des services bancaires et financiers.

Chapitre III : Avantages accordés aux entreprises

Article 44 : Le bénéfice des avantages accordés varie en fonction des seuils d'investissement et du lieu de réalisation de l'investissement.

Article 45 : Les entreprises agréées bénéficient, au titre de la réalisation de leur programme d'investissement relatif à la création ou au développement d'activité, quelque soit la zone d'investissements, des avantages suivants :

- a) réduction de 50% du montant des droits à payer à la douane portant sur les équipements et matériels ainsi que sur le premier lot de pièces de rechange, pour un montant d'investissement inférieur au seuil supérieur, exception faite des prélèvements communautaires ;
- b) réduction de 40% du montant des droits à payer à la douane portant sur les équipements et matériels ainsi que sur le premier lot de pièces de rechange, pour un montant d'investissement au moins égal au seuil supérieur, exception faite des prélèvements communautaires ;
- c) exonération totale de la TVA.

La valeur du premier lot de pièces de rechange doit représenter au maximum une proportion de 10% de la valeur d'acquisition des biens d'équipements.

Article 46 : Il est accordé aux entreprises agréées qui réalisent une opération de création d'activité pendant la période d'agrément, les avantages ci-après énumérés, selon le montant des investissements :

1. Pour un montant d'investissements inférieur au seuil supérieur :

- a. Investissements réalisés en zone A :
 - exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ;

- exonération de la contribution des patentes et des licences ;
- réduction de 50% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue.

b. Investissements réalisés en zone B :

- exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ;
- exonération de la contribution des patentes et des licences ;
- réduction de 75% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue.

c. Investissements réalisés en zone C :

- exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ;
- exonération de la contribution des patentes et des licences ;
- réduction de 90% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue ;
- exonération de l'impôt sur le revenu foncier pour les logements mis à la disposition du personnel ;
- exonération de l'impôt sur le patrimoine foncier.

2. Pour un montant des investissements au moins égal au seuil supérieur :

a. Investissements réalisés en zone A :

- exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ;
- exonération de la contribution des patentes et licences ;
- exonération de l'impôt sur le patrimoine foncier ;
- réduction de 50% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue.

b. Investissements réalisés en zone B :

- exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ;
- exonération de la contribution des patentes et licences ;
- exonération de l'impôt sur le patrimoine foncier ;
- réduction de 75% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue.

c. Investissements réalisés en zone C :

- exonération de l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou de l'impôt sur le bénéfice non commercial ou de l'impôt sur le bénéfice agricole ;
- exonération de la contribution des patentes et licences ;
- exonération de l'impôt sur le patrimoine foncier ;
- réduction de 90% du montant de la contribution à la charge des employeurs à l'exclusion de la taxe d'apprentissage et de la taxe additionnelle à la formation professionnelle continue ;
- exonération de l'impôt sur le revenu foncier pour les logements mis à la disposition du personnel.

Les exonérations portant sur l'impôt sur le bénéfice industriel et commercial ou l'impôt sur le bénéfice non commercial ou l'impôt sur le bénéfice agricole et la contribution des patentes et licences, sont réduites à 50%, puis à 25% des montants normalement dus, respectivement l'avant dernière et la dernière année de bénéfice des avantages.

TITRE V : DISPOSITIONS SPECIFIQUES AUX PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Article 47 : Conformément aux dispositions de l'article 42, il est fixé par décret, des seuils spécifiques pour les Petites et Moyennes Entreprises.

Lorsque les Petites et Moyennes Entreprises respectent les seuils concernés, elles bénéficient des mêmes avantages que les autres entreprises.

Les différentes catégories de Petites et Moyennes Entreprises sont fixées par le décret n° 2012- 05 du 11 janvier 2012 portant définition de la PME.

Article 48 : Par dérogation aux dispositions des articles 34 et 45 qui précisent les zones d'investissement, la durée des avantages pour les Petites et Moyennes Entreprises est fixée à :

- sept ans pour les investissements réalisés en zone A ;
- onze ans pour les investissements réalisés en zone B ;
- quinze ans pour les investissements réalisés en zone C.

Ces durées sont majorées des délais de réalisation du programme d'investissement.

Article 49 : Les Petites et Moyennes Entreprises bénéficient, selon leurs zones d'investissement, des avantages prévus en régime de déclaration et en régime d'agrément.

En outre, elles bénéficient des avantages additionnels énumérés ci-après:

- exonération des droits d'enregistrement sur tous les actes soumis à enregistrement ;
- mise à disposition par l'Etat des terrains, nécessaires à la réalisation des projets d'investissements ;
- achat de l'électricité, de l'eau et des prestations de nouvelles technologies à des tarifs préférentiels, sous réserve d'investir dans une unité de transformation de matières premières.

Article 50 : Les avantages accordés aux Petites et Moyennes Entreprises dans le cadre du présent Code lors de l'acquisition de matériels, outillages et biens d'équipements, importés ou achetés localement pour leur compte, sont transférés au crédit bailleur.

TITRE VI : DISPOSITIONS DIVERSES

Article 51 : Lorsqu'en cours d'investissement, l'investisseur, pour des motifs justifiés et notifiés à l'Organisme national chargé de la promotion des Investissements, réalise des investissements complémentaires et supporte des coûts additionnels, son agrément peut intégrer lesdits investissements.

Les compléments d'investissement sont déclarés dans les mêmes conditions que l'investissement initial.

Une décision modificative est délivrée à l'investisseur et prend en compte l'investissement complémentaire.

Article 52 : Lorsque les investissements complémentaires visés à l'article précédent conduisent à un changement de seuil d'investissement, les avantages accordés à l'investisseur tiennent compte du nouveau seuil.

L'Organisme national chargé de la promotion des Investissements statue à nouveau sur la situation de l'investisseur qui est tenu d'introduire un nouveau dossier de demande d'agrément. Ce dossier est analysé dans les mêmes conditions que celles prévues pour le régime d'agrément.

L'agrément ne peut être accordé que si l'investisseur est encore en phase d'investissement. Les avantages concédés ne peuvent avoir un effet rétroactif.

Article 53 : Le Ministre chargé de l'Industrie et du Secteur Privé bénéficie d'un droit de communication. A cet effet, il peut, en cas de besoin, demander à toute entreprise bénéficiaire d'avantages prévus par le présent Code, de lui communiquer toute information jugée nécessaire pour la bonne exécution de ses missions, sous réserve de la protection accordée par la loi.

Article 54 : Le Ministre chargé de l'Industrie et du Secteur Privé a mission de suivi-évaluation de tous les investissements ayant bénéficié des avantages prévus par le présent Code.

Article 55 : Pour garantir une bonne administration des régimes de déclaration et d'agrément, la Direction Générale des Douanes crée pour chaque investisseur un sommier de gestion et de suivi des importations de biens éligibles.

Article 56 : La liste des biens, matériels et équipements bénéficiant des réductions de droit est fixée par arrêté conjoint du Ministre chargé de l'Industrie et du Secteur Privé, du Ministre chargé de l'Economie et des Finances et du Ministre technique concerné par le secteur d'activité, sur proposition de l'Organisme national chargé de la promotion des Investissements.

Article 57 : Le bénéfice des avantages conférés en application d'un régime d'incitation à l'investissement ne peut être étendu à une entreprise qui ne remplit pas les conditions requises pour en bénéficier.

La durée des avantages accordés en phase d'exploitation à une entreprise bénéficiant de l'un des régimes d'incitation ne peut être prolongée ni au moment de l'agrément ni à la fin de la période au cours de laquelle cette entreprise a bénéficié desdits avantages.

Article 58 : Le délai de réalisation des investissements par les entreprises bénéficiant des avantages prévus par le présent Code est fixé à deux ans. Le promoteur, dont le projet ne connaît pas un début de réalisation dans le délai imparti perd de ce fait, le bénéfice des avantages fixés par l'arrêté d'agrément.

Toutefois, il peut être accordé une seule prorogation d'un an, non renouvelable, à compter de la date d'expiration du délai d'agrément au promoteur qui justifie d'un début de réalisation de son projet d'au moins 66% du montant de l'investissement.

L'Organisme national chargé de la promotion des Investissements est saisi de la demande de prorogation dans un délai de trois mois avant l'expiration du délai de réalisation.

La prorogation est accordée par décision de l'Organisme national chargé de la promotion des Investissements.

Article 59 : En cas de non-respect par les investisseurs des engagements et textes en vigueur en phase d'investissement ou d'exploitation, le bénéfice des avantages peut être retiré selon la procédure suivante :

- si trois mois après une mise en demeure écrite, adressée au bénéficiaire de l'agrément par l'Organisme national chargé de la

promotion des Investissements, toutes les dispositions n'ont pas été prises pour régulariser la situation constatée ;

- en cas de fraude ou de manquement grave de l'entreprise à ses obligations, constatés par l'Organisme national chargé de la promotion des Investissements.

La décision de retrait peut intervenir sans délai et entraîner le remboursement au Trésor public du montant des avantages fiscaux et douaniers obtenus pendant la période écoulée depuis la date de l'agrément jusqu'à la date d'effet du retrait.

Si dans un délai de six mois maximum à compter du constat, l'entreprise n'a pas régularisé sa situation, le retrait de l'agrément est réalisé dans les mêmes formes que celles applicables pour son octroi.

Les décisions de retrait doivent comporter un exposé des motifs et fixer leur (s) date (s) d'effet.

Article 60 : L'investisseur dispose d'un délai de trente jours à compter de la date d'achèvement des travaux, pour informer l'Organisme national chargé de la promotion des Investissements.

A défaut de notification dans les délais précités, la durée des avantages démarre à compter de la date fixée dans l'arrêté d'agrément.

Article 61 : Les difficultés d'interprétation des dispositions du présent Code sont réglées par voie d'instructions ou de circulaires du Ministre en charge de l'Industrie et du Secteur Privé et du Ministre en charge de l'Economie et des Finances sur proposition de l'Organisme national chargé de la promotion des Investissements.

TITRE VII : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 62 : Les entreprises qui bénéficient des avantages prévus dans les lois portant Code des Investissements antérieurs au présent Code ainsi qu'à l'ensemble des textes subséquents, demeurent régies par lesdites lois jusqu'à l'expiration de l'effet desdits avantages.

De même, les entreprises qui bénéficient des régimes spéciaux d'aide fiscale à l'investissement, demeurent régies par les textes instituant ces régimes spéciaux jusqu'à l'expiration de l'effet desdits avantages.

A la date de la publication du présent Code au Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire, les entreprises n'ayant pas été agréées au titre des dispositions des lois antérieures ou au titre du Code Général des Impôts, peuvent bénéficier des avantages prévus par la présente Ordonnance dans la mesure où elles remplissent les conditions requises.

Les investisseurs qui bénéficient de régimes d'incitation sous les codes antérieurs, ont vingt-quatre mois pour se mettre en conformité avec les dispositions du présent Code, s'il y a lieu.

Les dispositions du présent Code ne s'appliquent pas aux entreprises admises au régime franc, au régime institué par une disposition spécifique et aux entreprises bénéficiant de conventions particulières.

Article 63 : Des décrets précisent, en tant que de besoin, les modalités d'application de la présente Ordonnance.

Article 64 : Sont abrogées, sous réserve de l'application des dispositions des articles ci-dessus, toutes dispositions antérieures contraires au présent Code.

Article 65 : La présente Ordonnance sera publiée au Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire et exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Abidjan le 07 juin 2012

Alassane OUATTARA

Titre : « La protection juridique des investissements directs étrangers dans les pays en développement : l'exemple de l'Afrique de l'Ouest »

Résumé : Les IDE sont devenus un enjeu majeur pour les pays d'Afrique. L'ambition de cette thèse est d'analyser et de mesurer le cadre législatif, réglementaire et conventionnel (Bi et Multilatéral relatif à la protection des investissements en Afrique de l'Ouest. Par conséquent, l'accent sera mis sur le régime juridique interne relatif aux investissements miniers et des hydrocarbures. De même, la nécessité de limiter les risques juridiques a poussé les pays d'Afrique à conclure des conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements réciproques ainsi qu'à adhérer aux Conventions internationales sectorielles pertinentes. Comme l'évolution des législations relatives aux IDE a été marquée par l'incitation, cela soulève la dimension de l'implication sans cesse plus grande d'Organisations économiques internationales à l'instar de la Banque mondiale, de la BAD, de l'OMC, de l'OCDE, de la CEDEAO et de l'UEMOA. L'attractivité et l'incitation juridiques ont poussé les pays d'accueil d'expérimenter les nouveaux types d'investissement comme les partenariats public-privé(PPP). La protection des IDE dans le contexte de pays comme ceux d'Afrique de l'Ouest - essentiellement importateurs de capitaux- pose la problématique de la nécessité du transfert de technologie, l'industrialisation, le respect de l'environnement dans le contexte international de réchauffement climatique où l'Afrique est au cœur des enjeux de partenariat et de convoitise.

Mots-clés : IDE-Protection-Pays en développement-Afrique de l'Ouest, Contrat, Nationalisation, Arbitrage, CIRDI, TBI, Mines, Pétrole, Code-Investissements, PPP, Transfert de technologie

Title: The Protection of foreign direct investment in developing countries: the example of West Africa

Abstract: FDI has become a major issue for African countries. The ambition of this thesis is to analyze and measure the legal and regulatory framework and conventional bi and multilateral protection of foreign investment in West Africa. Therefore, the focus will be on the domestic legal regime for mining and hydrocarbons investments. Similarly, the need to limit legal risk has led African countries to conclude bilateral conventions for the protection and promotion of reciprocal investments and to adhere to relevant international sectorial conventions. As the evolution of FDI-related legislation has been marked by incitement, this raises the dimension of the ever greater involvement of international economic organizations, such as the World Bank, the AFDB, the WTO, OECD, ECOWAS and UEMOA. Legal attractiveness and incentives have led host countries to experiment with new types of investment such as public-private partnerships (PPPs). The protection of FDI in the context of countries like those in West Africa- essentially importers of capital- raises the issue of the need for technology transfer, industrialization, respect for the environment in the international context of global warming where Africa is at the heart of the issues of partnership and covetousness.

Keywords: FDI-Protection-Developing countries-West Africa, contract, Expropriation, arbitration, BIT, ICSID, MIGA, Mining, Petroleum, Law investment, PPP, Technology transfer.

CRDEI

Centre de Recherches et de Documentation Européennes et Internationales

Université de Bordeaux-16 Avenue Léon Duguit-33608 Pessac