

# 2 Rééquilibrage et alignement de la politique d'investissement à l'appui du développement durable

---

Dans le présent chapitre, les auteurs procèdent à une analyse comparative de référence du cadre juridique régissant l'investissement aux niveaux continental, régional et national dans les pays de la CEDEAO. Cette analyse traite essentiellement de la manière dont les pouvoirs publics de ces pays intègrent les dimensions de développement durable dans leurs traités nationaux et leurs législations internes sur l'investissement, ainsi que de la cohérence de l'action menée aux niveaux national, régional et international.

---

Aujourd'hui, les processus de décision en matière d'investissement mettent davantage l'accent sur les résultats durables, dans le cadre d'une réorientation plus large qui consiste à ne plus considérer l'investissement comme une fin en soi, mais à entreprendre une évaluation plus nuancée de ses incidences potentielles. En tant que telle, cette nouvelle approche doit être saluée d'une manière générale, mais bon nombre de dispositions novatrices sont relativement récentes. Il est ainsi trop tôt pour savoir quelles dispositions auront un impact positif à long terme sur le développement durable. En outre, les effets sur l'attractivité de l'investissement étranger et intérieur ne sont pas encore clairement établis.

Il est évident que le développement durable nécessite à la fois des investissements considérables et une réglementation de qualité. Le cadre juridique de l'investissement se compose de deux échelons : (i) un régime interne comportant de multiples lois régissant les activités de marché, souvent complétées en Afrique par une loi sur l'investissement ; et (ii) des traités internationaux qui contiennent des dispositions et des protections supplémentaires applicables aux investisseurs étrangers visés. Le système international est à son tour divisé en cadres bilatéral, régional et multilatéral, qui comprennent des traités d'investissement et des accords de libre-échange (ALE) dotés d'un chapitre sur l'investissement.

À l'échelle internationale, la nouvelle façon d'aborder le développement durable peut revêtir plusieurs aspects, qu'il s'agisse de clauses incitatives insérées dans le préambule ou dans les articles, de réserves sur la portée des protections ou d'obligations incombant aux investisseurs. Jusqu'à présent, il a été difficile de démontrer les effets concrets sur la préservation de leur marge d'action (OCDE, 2022<sup>[1]</sup>).

Le succès des efforts en faveur de la durabilité réside peut-être de la mise en place de normes régionales associée à une action performante et cohérente à l'échelon national. L'élaboration de stratégies régionales est un moyen de mener un débat approfondi avec des ressources plus importantes. Une mise en œuvre nationale alignée sur les approches régionales est susceptible d'accroître la visibilité et la cohérence des mesures.

En Afrique, les dimensions de développement durable deviendront probablement encore plus importantes une fois que le Protocole d'investissement de la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) sera achevé. Ces évolutions soulèveront la question de l'alignement entre les actions régionales et nationales. La comparaison des approches régionales et nationales en matière de développement durable est difficile. Dans le présent chapitre, les auteurs procèdent à une analyse préliminaire visant à comparer les dispositions novatrices à l'échelon régional et continental avec les modalités formulées dans les législations nationales relatives à l'investissement au sein des pays de la CEDEAO. Cette analyse traite essentiellement de la manière dont les pouvoirs publics de ces pays intègrent les dimensions de développement durable dans leurs traités nationaux et leurs législations internes sur l'investissement, ainsi que de la cohérence entre les actions menées aux niveaux national et régional/international.

Il en ressort que les lois nationales sur l'investissement ne reflètent pas encore totalement les dispositions novatrices qui existent à l'échelon régional ou continental, même si les lois sur l'investissement les plus récentes semblent davantage se rapprocher de la pratique régionale. En outre, on observe toujours parmi les différentes lois de la région de la CEDEAO une diversité non négligeable. Le renforcement de la cohérence des approches au sein des régions africaines et entre elles à tous les niveaux pourrait contribuer à améliorer la clarté et la prévisibilité tant pour les pouvoirs publics et pour les investisseurs, même s'il convient de laisser une marge de manœuvre suffisante à la poursuite de l'expérimentation menée à l'échelle du pays.

## **Le régime international de protection de l'investissement est soumis à des tensions croissantes**

Plus de 2 500 traités bilatéraux d'investissement (TBI) et accords multilatéraux dotés d'un chapitre ou de dispositions portant sur l'investissement sont en vigueur aujourd'hui. Selon un usage établi de longue date,

ces accords mettent l'accent sur la protection des investisseurs et des investissements pendant la phase postérieure à l'établissement et ont pour principal objectif d'encourager les investissements étrangers, notamment en offrant aux investisseurs étrangers une sécurité juridique renforcée et en réduisant les risques injustifiés auxquels ces derniers sont exposés. Ces accords internationaux d'investissement (All) constituent une partie significative du cadre de l'investissement d'un pays, car ils accordent des protections et des garanties qui vont souvent au-delà de ce que prévoit la législation nationale en matière d'investissement.

En règle générale, les All garantissent aux investisseurs concernés une protection matérielle et procédurale. Les normes matérielles de protection classiques comprennent, par exemple, la protection contre l'expropriation illégale et contre la discrimination, que ce soit entre investisseurs étrangers et nationaux ou au sein des investisseurs étrangers, au moyen de dispositions relatives au traitement national (TN) et à la nation la plus favorisée (NPF). En outre, ils couvrent souvent la garantie d'un traitement juste et équitable et d'une protection et d'une sécurité intégrales (FPS), qui sont parfois assimilées à la norme minimale internationale sur le traitement des ressortissants étrangers requise par le droit international coutumier. Enfin, ils garantissent aussi le libre transfert de fonds et de bénéfices à l'intérieur et à l'extérieur des pays d'accueil. D'un point de vue procédural, la plupart des All prévoient un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, qui, en cas de violation présumée de l'All, permet aux investisseurs de porter plainte contre l'État dans lequel ils ont investi auprès de tribunaux arbitraux internationaux.

Les États réexaminent actuellement le rôle, l'objectif et le contenu des traités d'investissement, en particulier ceux de la génération antérieure, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, les affaires d'arbitrage entre investisseurs et États ont connu une croissance exponentielle au cours de la dernière décennie, y compris les affaires impliquant des politiques publiques ou des mesures réglementaires, avec le risque supplémentaire d'un gel de la réglementation afin d'éviter la possibilité de différends à l'avenir. Deuxièmement, la doctrine n'a pas abouti à des résultats concluants quant à la question de savoir si les traités entraînent une augmentation des flux d'investissement. Troisièmement, l'opinion publique exige chaque jour davantage que les investissements internationaux contribuent de manière positive au développement durable. Il est progressivement admis que si les IDE peuvent jouer un rôle crucial dans la réalisation de tous les ODD, notamment en obtenant des avancées en matière de décarbonation, en renforçant l'innovation, en créant des emplois de qualité, en développant le capital humain et en promouvant l'égalité des genres, les effets des IDE ne sont pas toujours positifs et les impacts peuvent varier selon les domaines du développement durable.

C'est en partie pour cette raison que certains pays comme l'Inde, l'Indonésie et l'Afrique du Sud ont mis fin à leur adhésion aux traités. De multiples autres pays se sont efforcés d'améliorer le fonctionnement des traités et la perception de leur caractère équitable. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) travaille actuellement sur une réforme complète du système de règlement des différends entre investisseurs et États. L'OCDE a également lancé un programme de travail sur l'Avenir des traités d'investissement, dont l'un des volets porte sur cette catégorie de traités et le changement climatique, et l'autre sur la mise à jour des traités plus anciens pour les rendre conformes aux principes très couramment utilisés dans les traités conclus récemment.

## Dispositions novatrices des traités en Afrique à l'échelon régional et continental

Les pays et régions ont adopté des stratégies de réforme différentes, et l'Afrique a été, à bien des égards, à l'avant-garde des approches novatrices. Celles-ci peuvent être observées dans le Code panafricain d'investissement, un outil non contraignant, et probablement dans le futur Protocole d'investissement prévu dans le cadre de la ZLECAf, ainsi que dans les initiatives régionales de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), de la Communauté économique des États de l'Afrique de

l'Ouest (CEDEAO) et d'autres régions. Ces initiatives mettent davantage l'accent sur l'obtention de résultats dans le domaine du développement durable à partir des traités, comme il sera expliqué ci-après.

Un nombre croissant d'États et d'organisations régionales, y compris des États africains et des communautés économiques régionales, intègrent des éléments relatifs au développement durable dans leurs nouveaux accords d'investissement ou leurs accords types et adoptent des dispositions novatrices relatives à diverses questions de politique. L'analyse de certains instruments d'investissement adoptés en Afrique à l'échelon continental et régional révèle la volonté des États (i) d'attirer et protéger les investissements qui favorisent le développement durable ; (ii) de préserver leur marge d'action réglementaire, y compris sur les questions de politique de développement durable, en délimitant mieux et en limitant certaines des normes de protection fondamentales ; (iii) de parvenir à un meilleur équilibre entre les droits et obligations des investisseurs et des États, y compris sur les sujets liés au développement durable ; (iv) de prendre des engagements sur les problématiques liées au développement durable ; et (v) de remanier le système de règlement des différends entre investisseurs et États.

La présente partie analyse l'évolution des initiatives régionales et continentales suivantes :

- Le Protocole de la SADC relatif au financement et à l'investissement, en particulier l'Annexe 1 sur la coopération en matière d'investissement (PIF de la SADC, signé en 2006, entré en vigueur en 2010 et révisé conformément à l'accord modifiant l'Annexe 1 signé en 2017) ;
- Le modèle de TBI de la SADC (2012, la version 2017 n'est pas disponible) ;
- L'Acte additionnel de la CEDEAO portant adoption des règles communautaires sur l'investissement et leurs modalités de mise en œuvre (AA de la CEDEAO, signé en 2008, entré en vigueur en 2009) ;
- Le Code des investissements de la CEDEAO (ECOWIC, adopté en 2018) ;
- Le projet de Code panafricain d'investissements (CPAI, 2016).

### ***Terminologie employée dans le préambule et les articles distincts***

Les préambules du modèle de TBI de la SADC et de l'ECOWIC énoncent que les parties à ces instruments « reconnaiss[ent] que l'investissement direct étranger apporte des avantages positifs à chaque Partie ». En outre, de nombreux préambules reconnaissent expressément le rôle clé de l'investissement ou du secteur privé dans la réalisation de divers objectifs de développement durable, tels que la réduction de la pauvreté, l'augmentation de la capacité de production ou la promotion des droits humains et du développement humain. Tous les instruments reprennent l'objectif de développement durable dans un article distinct. Le modèle de TBI de la SADC, l'ECOWIC et le CPAI énoncent les caractéristiques qu'un investissement doit présenter pour être protégé (d'après le test Salini issu de la jurisprudence du CIRDI), notamment la « contribution significative au développement de l'État d'accueil » (par exemple, l'article 4(4) du CPAI).

L'ensemble des instruments énumèrent dans leur définition de l'« investissement » plusieurs exclusions, en particulier relatives aux « placements de portefeuille » et à certains « investissements à caractère spéculatif ». Ces dispositions soulignent la volonté des États d'attirer des investissements à long terme ou plus importants, mieux à même d'apporter une contribution positive au développement durable. Par ailleurs, certains instruments, tels que l'ECOWIC et le CPAI, excluent également de leur champ d'application les « investissements dans tout secteur sensible pour le développement de l'État d'accueil ou qui peuvent avoir une incidence négative sur son économie » (article 1(h) et article 4(4) respectivement).

### ***Une meilleure délimitation des normes matérielles de protection, l'affirmation du droit de l'État de réglementer et des exclusions générales visant à préserver une marge d'action sur les aspects clés liés au développement durable***

Les instruments d'investissement précisent, limitent et parfois suppriment certaines normes matérielles, en grande partie en vue de préserver la marge d'action. Tous les instruments les plus récents contiennent des dispositions détaillées sur la non-discrimination (qui comprennent généralement les principes du traitement national (TN) et de la nation la plus favorisée (NPF), à l'exception des instruments de la SADC qui visent uniquement le premier) et sur la protection contre l'expropriation. Ils énoncent de nombreuses limitations et exceptions à ces normes, dont certaines sont particulièrement pertinentes du point de vue du développement durable. Ainsi, la quasi-totalité des instruments énumèrent des exemples d'éléments à prendre en compte afin de déterminer si les investisseurs ou les investissements se trouvent dans des « circonstances analogues » aux fins des principes du TN ou de la NPF et font mention de l'effet sur l'environnement. En outre, certains autorisent l'adoption de mesures qui dérogent aux principes du TN et/ou de la NPF, y compris des mesures réglementaires conçues et appliquées pour protéger ou améliorer des objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement (article 7 de l'ECOWIC ; et articles 8 et 10 du CPAI — à condition qu'elles ne soient pas arbitraires). Par ailleurs, certains instruments excluent du champ d'application du traitement NPF les procédures de règlement des différends et/ou les obligations matérielles découlant d'autres traités (par exemple, l'article 6(1) de l'AA de la CEDEAO ou l'article 7(4) du CPAI), interdisant ainsi aux investisseurs d'invoquer des dispositions plus larges que celles contenues dans ces instruments. Enfin, plusieurs instruments disposent que les mesures conçues et appliquées en vue de protéger ou de renforcer des objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte (le CPAI ajoute que la mesure doit être non discriminatoire, contrairement à la version révisée de l'Annexe 1 du PIF de la SADC, tandis que le modèle de TBI de la SADC laisse le choix).

Les instruments les plus récents ne renferment pas de disposition relative au traitement juste et équitable. La version initiale de l'Annexe 1 de l'AA de la CEDEAO contient la norme relative au traitement juste et équitable, mais la limite en regard du droit international coutumier. En outre, plusieurs instruments mentionnent une série d'obligations portant sur l'équité procédurale dont la violation pourrait constituer un manquement à cette norme (article 19 de l'AA de la CEDEAO). Le modèle de TBI de la SADC préconise une option alternative plus restrictive, à savoir le « traitement administratif équitable », qui assure une protection notamment à l'égard du déni de justice, des violations flagrantes et non réparées des droits de la défense, de la discrimination ciblée pour des motifs manifestement injustifiés et du traitement manifestement abusif.

Les instruments visent également à préserver le droit de l'État de réglementer les questions liées au développement durable en affirmant ce droit dans l'accord et en prévoyant des exceptions générales. À l'exception des instruments de la CEDEAO, tous font état, dans leur préambule, du droit de réglementer et/ou de l'équilibre des droits et des obligations entre investisseurs et États. Par ailleurs, les instruments de la SADC contiennent une disposition distincte affirmant, entre autres, le droit de prendre des mesures réglementaires ou d'autre nature en vue de garantir que « le développement sur leur territoire est compatible avec les objectifs et les principes du développement durable, et avec d'autres objectifs légitimes de politique sociale et économique » (article 20). La totalité des instruments, à l'exception de l'Annexe 1 du PIF de la SADC (dans ses deux versions), énoncent également des exceptions générales à l'appui de diverses mesures, y compris celles visant à protéger la vie humaine, animale ou végétale et l'environnement ou à promouvoir la réalisation de l'égalité sur leur territoire ou destinées à protéger ou à promouvoir les personnes, ou groupes de personnes, défavorisées par une discrimination de longue durée héritée du passé (en règle générale à condition que ces mesures soient appliquées de manière non arbitraire et non discriminatoire). En outre, certains instruments autorisent l'État à recourir à des mesures non discriminatoires en vue de se conformer aux obligations internationales qui lui incombent en vertu d'autres traités, ce qui pourrait inclure, par exemple, des mesures visant à réaliser l'engagement des

accords de Paris ou d'autres conventions ou normes qui promeuvent le développement durable (article 6 du modèle de TBI de la SADC, article 5 de la version révisée de l'Annexe 1 du PIF de la SADC).

### ***Introduction d'un large éventail d'obligations des investisseurs et mécanismes pour remédier aux violations***

Tous les instruments intègrent un ensemble étendu d'obligations à l'intention des investisseurs, beaucoup ayant trait au développement durable (à l'exception des deux versions de l'Annexe 1 du PIF de la SADC). Le CPAI et l'ECOWIC constituent à cet égard les documents les plus complets. La totalité des instruments énoncent une obligation générale de se conformer aux lois et réglementations nationales applicable aux investisseurs et/ou à leurs investissements. Par ailleurs, la plupart d'entre eux (à l'exception des deux versions de l'Annexe 1 du PIF de la SADC) comprennent des obligations plus concrètes applicables aux phases antérieures et postérieures à l'établissement à l'intention des investisseurs et portant sur une large gamme de sujets, notamment l'environnement, les pratiques et normes de travail, les droits humains, la corruption ou la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE).

Les investisseurs sont tenus d'entreprendre des évaluations d'impact environnemental et parfois social (article 12 de l'AA de la CEDEAO, article 27 de l'ECOWIC et article 37 du CPAI) ou de se conformer aux critères d'étude d'impact préalable et aux processus d'évaluation applicables à l'investissement proposé, conformément à la législation de l'État d'accueil ou d'origine ou aux normes internationales, en retenant le plus rigoureux de ceux-ci (article 13 du modèle de TBI de la SADC, qui impose de prendre en compte les incidences sur les droits humains). De nombreux instruments précisent que le principe de précaution devrait être appliqué à l'occasion de la réalisation de ces évaluations ainsi que dans le cadre de décisions prises en lien avec un investissement proposé. Les investisseurs sont également tenus de respecter les lois nationales applicables en matière d'environnement et les accords multilatéraux (article 27 de l'ECOWIC), de respecter l'environnement dans l'exercice de leurs activités (article 37 du CPAI), de réparer tout dommage causé (article 37 du CPAI, article 27 de l'ECOWIC), de maintenir un système de gestion de l'environnement (article 14 du modèle de TBI de la SADC) ou de recourir à des pratiques de gestion écologiques (article 29 de l'ECOWIC).

Tous les instruments (à l'exception des deux versions de l'Annexe 1 du PIF de la SADC) prévoient que les investisseurs ne doivent pas se livrer à des pratiques de corruption (comme auteur principal ou complice) lors des phases antérieures ou postérieures à l'établissement de l'investissement. Par ailleurs, nombre d'entre eux imposent des obligations liées aux droits humains (telles que l'obligation de soutenir, d'appuyer et de respecter ces droits, de n'entreprendre aucun acte qui violerait ces droits ou d'être complice de tels actes) et au travail, telles que l'obligation d'agir conformément aux normes stipulées dans la Déclaration de l'OIT de 1998 ou de les appliquer (le modèle de TBI de la SADC et l'AA de la CEDEAO) ou, plus généralement, de se conformer aux conventions internationales sur les questions de travail (le CPAI). Quelques instruments contiennent des obligations spécifiques en matière de RSE mais aussi des clauses incitatives. L'ECOWIC prévoit que les investisseurs doivent « s'efforcer de promouvoir et de s'engager dans la responsabilité sociétale des entreprises conformément aux meilleures pratiques internationales » (article 34).

L'ECOWIC et le CPAI comprennent également certaines obligations mais aussi des clauses incitatives concernant le transfert et la diffusion de la technologie (y compris des obligations horizontales, c'est-à-dire applicables à l'État également). L'ECOWIC impose aux investisseurs l'obligation d'« adopte[r], dans la mesure du possible et dans le cadre de leurs activités commerciales, des pratiques permettant le transfert et la diffusion rapide de technologies » et de « diffuse[r] la technologie et les mises à jour, ainsi que leurs améliorations grâce à divers mécanismes tels que les effets de démonstration et de concurrence, le mouvement de main-d'œuvre étrangère vers les entreprises locales et la création de liens entre les entreprises étrangères et locales et leurs clients » (articles 47 et 48 ; le CPAI utilise une formulation incitative s'agissant de la première obligation).

Le caractère exécutoire de ces obligations peut varier et n'est pas toujours clairement établi. L'AA de la CEDEAO est le texte le plus complet sur ce sujet, tandis que les deux versions de l'Annexe 1 du PIF de la SADC et l'ECOWIC restent silencieuses. Les traités envisagent des conséquences diverses. Par exemple, plusieurs instruments (i) prévoient que le tribunal ou l'organe juridictionnel compétent examine si la violation alléguée d'obligations soulevée par l'État d'accueil est avérée et pertinente à l'égard des questions dont il est saisi et, si tel est le cas, se prononce sur ses effets atténuants ou compensatoires sur le fond de la demande ou, le cas échéant, sur les éventuels dommages et intérêts accordés ; et (ii) autorisent l'introduction de demandes reconventionnelles contre un investisseur (article 19(1) et (2) du modèle de TBI de la SADC ; article 18(2), (4) et (5) de l'AA de la CEDEAO, et article 43(1) et (2) du CPAI). Parmi ces instruments, certains permettent à l'État d'origine ou d'accueil (ou d'autres acteurs) d'engager un recours auprès d'un tribunal établi en vertu de l'instrument ou d'engager une action civile auprès des juridictions nationales en cas de violation de tout ou partie des obligations (article 18(3) de l'AA de la CEDEAO et article 19(3) et (4) du modèle de TBI de la SADC).

Les manquements aux obligations liées à la corruption ont souvent des conséquences distinctes. L'AA de la CEDEAO énonce que la violation de ces obligations, si elle est établie par un tribunal, peut empêcher un investisseur d'engager des procédures de règlement des différends en vertu de cet instrument (article 18(1)). Selon le modèle de TBI de la SADC, une violation de l'article portant sur la corruption est « réputée être une violation de la législation nationale de l'État d'accueil concernant l'établissement et l'exploitation d'un investissement » et constitue donc une violation du traité (article 10(3), et article 17(4), respectivement). De nombreux instruments exigent également des États parties qu'ils poursuivent et, en cas de condamnation, sanctionnent ces actes de corruption.

Enfin, certains instruments disposent que les investisseurs peuvent faire l'objet d'actions civiles auprès des juridictions nationales de leur État d'origine ou de l'État d'accueil en raison d'actes et de décisions liés à leur investissement lorsque ceux-ci ont entraîné « des dommages importants, des blessures corporelles ou des pertes de vies humaines » dans l'État d'accueil (article 17 de l'AA de la CEDEAO ; voir également l'article 17 du modèle de TBI de la SADC, qui englobe par ailleurs les « omissions » et n'impose pas que de tels actes, décisions ou omissions soient liés à l'investissement). Le modèle de TBI de la SADC ajoute en outre que « les États d'origine veillent à ce que leurs systèmes et règles juridiques permettent, ou n'empêchent pas ou ne restreignent pas indûment de telles actions » (voir aussi l'article 29 de l'AA de la CEDEAO).

### ***Engagements et obligations des États concernant les questions clés touchant au développement durable***

Tous les instruments contiennent des obligations et des engagements à l'intention des États parties concernant les questions clés touchant au développement durable, notamment l'environnement, le travail, les droits humains et la corruption. À l'instar des obligations incombant aux investisseurs, les deux versions de l'Annexe 1 du PIF de la SADC sont relativement succinctes sur ce point. En revanche, l'ECOWIC est particulièrement détaillé et définit un large éventail d'engagements et d'obligations à l'intention des États membres.

L'ensemble des instruments précisent que les États parties ne doivent pas affaiblir certaines normes. La plupart prévoient que les États reconnaissent qu'« il est inopportun » d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures relatives au travail, à la santé, à la sécurité ou à l'environnement, ou un sous-ensemble de ces mesures (articles 13 et 11 des deux versions de l'Annexe 1 du PIF de la SADC, article 20 de l'AA de la CEDEAO) ou la « législation nationale en matière d'environnement et de travail » (modèle de TBI de la SADC). L'ECOWIC va plus loin en prévoyant que les États membres reconnaissent qu'« il est illégal » « d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales en matière de santé, de sécurité ou d'environnement » et en « réduisant la protection accordée par leurs lois environnementales respectives » (articles 21 et 22). S'agissant du travail, l'ECOWIC utilise un langage moins strict et prévoit

que les États membres reconnaissent qu'« il est inapproprié d'encourager l'investissement en assouplissant la législation nationale du travail » (article 30). En conséquence, les États parties s'engagent à ne pas renoncer ni déroger à ces mesures et lois dans le but d'encourager l'investissement. Les versions originales et révisées de l'Annexe 1 du PIF de la SADC ajoutent que les États membres « conviennent de ne pas renoncer ou déroger d'une autre manière aux traités internationaux qu'ils ont ratifiés » dans le but d'encourager l'investissement (articles 13 et 11). Le modèle de TBI de la SADC et l'ECOWIC prévoient un mécanisme de consultation dans le cas où un État membre manquerait à cette obligation (article 22(2) et 21(5) respectivement).

De nombreux instruments renferment des déclarations et des engagements de la part des États parties concernant leurs règles et normes en matière d'environnement, de travail et de droits humains. Dans certains instruments, les États reconnaissent, par exemple, l'importance des accords multilatéraux auxquels ils sont parties (article 23 de l'ECOWIC pour les accords relatifs à l'environnement) ou s'engagent à les mettre en œuvre (article 23 de l'ECOWIC). Sur le plan des lois et réglementations nationales, la plupart des instruments indiquent que les États parties doivent (ou « doivent s'efforcer de ») s'assurer qu'elles fournissent des niveaux élevés de protection de l'environnement, du travail et/ou des droits humains (en ajoutant dans certains cas que les normes ou traités internationaux doivent être pris en compte (article 21(2) de l'AA de la CEDEAO) et qu'ils doivent s'efforcer de continuer à améliorer ces lois et réglementations. Certains instruments précisent qu'ils doivent également veiller à ce que leurs lois et réglementations soient conformes aux normes internationales du travail et/ou aux accords internationaux sur les droits humains (article 21 de l'AA de la CEDEAO).

Par ailleurs, un grand nombre d'instruments imposent des obligations aux États en matière de lutte contre la corruption (chapitre 9 de l'ECOWIC, article 10 du modèle de TBI de la SADC et article 30 de l'AA de la CEDEAO). En particulier, l'ECOWIC contient une obligation de ratifier ou d'adhérer à la Convention des Nations Unies contre la corruption (article 35(4)). Certains instruments, notamment le CPAI mais surtout l'ECOWIC, instituent d'autres obligations à l'égard des États, par exemple en matière de protection de l'environnement. Le CPAI établit que les États doivent entreprendre des évaluations d'impact environnemental et que, de concert avec les investisseurs, ils doivent prendre toutes les mesures nécessaires en vue de promouvoir, faciliter et financer le transfert de technologies et de savoir-faire écologiquement rationnels ou l'accès à ces technologies et savoir-faire (articles 30 et 37). Dans le cadre de l'ECOWIC, les États membres reconnaissent également l'importance de la participation du public et de la coopération régionale sur cette question importante (article 26(1)).

Les instruments comportent divers autres engagements et obligations à l'intention des États qui pourraient également affecter le développement durable, concernant, par exemple, la promotion et la facilitation de l'investissement (y compris par le biais d'agences de promotion de l'investissement et de l'assistance de l'État d'origine), la transparence et l'accessibilité du cadre juridique de l'investissement, la coopération sur les questions liées aux investissements ou la protection de la concurrence loyale ou des droits de propriété intellectuelle.

### ***Solutions de remplacement et ajouts au mécanisme classique de règlement des différends entre investisseurs et États***

En réponse aux critiques croissantes exprimées à l'encontre du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, les instruments adoptent différentes méthodes novatrices. Le règlement des différends entre investisseurs et États est soit exclu, soit, s'il est inclus, assorti de diverses conditions, telles que la tenue de consultations et de négociations préalables, l'épuisement des voies de recours internes ou le respect de certains délais. Par ailleurs, de nombreux instruments encouragent le recours à différents mécanismes de résolution des différends, tels que la médiation, avant d'entamer une procédure d'arbitrage. Ces modifications réduisent le risque de remises en cause potentielles des mesures



réglementaires non discriminatoires, telles que celles adoptées en vue de réaliser les objectifs de développement durable.

La version originale de l'Annexe 1 du PIF de la SADC contient une disposition portant sur le règlement des différends entre investisseurs et États. En vertu de cet instrument, les différends entre investisseurs et États qui n'ont pas été réglés à l'amiable peuvent être soumis à l'arbitrage, mais uniquement après l'épuisement des voies de recours locales (article 28). L'option privilégiée par le modèle de TBI de la SADC est un mécanisme de règlement des différends entre États, qui permet aux États parties de déposer des plaintes au nom de l'investisseur sous réserve du respect de plusieurs conditions (épuisement des voies de recours locales et respect de certains délais pour le dépôt des plaintes) (article 28). Il donne un exemple de disposition sur le règlement des différends entre investisseurs et États, en cas de décision des États de négocier et d'intégrer un tel mécanisme au sein de leur accord, mais fixe de nombreuses conditions (y compris celles mentionnées ci-avant) (article 29). Dans la version 2016 de l'Annexe 1 du PIF de la SADC, la disposition relative au règlement des différends entre investisseurs et États a été supprimée, mais le texte garantit aux investisseurs l'accès aux juridictions nationales « pour obtenir réparation de leurs griefs concernant toute question relative à leur investissement » (article 25).

Les termes utilisés dans l'AA de la CEDEAO ne sont pas tout à fait clairs quant à la possibilité de recourir à l'arbitrage investisseur-État. L'ECOWIC indique que les différends entre un investisseur et un État membre peuvent être résolus par divers moyens, dont l'arbitrage. Cette procédure peut avoir lieu « dans tous les centres de règlement extrajudiciaire des litiges, publics ou privés, ou auprès de la Chambre d'arbitrage de la Cour de Justice de la CEDEAO », mais le recours aux institutions régionales et nationales tout aussi compétentes en matière de règlement des différends est encouragé. Le Code précise que lorsque les contrats d'investissement entre un État membre et un investisseur prévoient l'utilisation de mécanismes internationaux tels que le CIRDI ou la CNUDCI, les parties à ces contrats « épuisent toutes les voies de recours internes, y compris la CEDEAO ou les systèmes nationaux de règlement des différends » avant de recourir à ces mécanismes (article 54).

Selon des études récentes, le CPAI « offre une solution intermédiaire aux États africains qui sont soit favorables au règlement des différends entre investisseurs et États, soit opposés à celui-ci », en laissant l'utilisation du règlement des différends entre investisseurs et États à la discrétion des États membres (Mbengue et Schacherer, 2021<sup>[2]</sup>). Le CPAI prévoit que « [l]es États membres peuvent, en conformité avec leurs politiques nationales, accepter d'utiliser les mécanismes de [règlement des différends entre investisseurs et États] » (article 42(1)). Les parties doivent tout d'abord chercher à résoudre leur différend au moyen de consultations et de négociations. En cas d'échec, le différend peut être résolu par le biais de l'arbitrage, sous réserve des lois applicables de l'État d'accueil et/ou de l'accord mutuel des parties et sous réserve de l'épuisement des voies de recours locales (article 43(1(d))). Le CPAI contient également une clause dite de l'action irrévocable empêchant les procédures multiples (article 43(2)).

## Les législations sur l'investissement des États membres de la CEDEAO

L'introduction de dispositions novatrices à l'échelon régional et continental semble avoir eu des retombées positives au niveau de la réglementation nationale. Si les lois internes relatives à l'investissement ont un champ d'application plus large que les AII – en comprenant, par exemple, la réglementation sur l'admission des investissements ou la mise en place d'incitations – elles peuvent également contenir des dispositifs similaires, telles que des droits et garanties en faveur des investisseurs et des investissements.

Bien que la législation sur l'investissement suppose plusieurs niveaux de règles et de règlements visant différents aspects, cette analyse se limite uniquement aux lois sur l'investissement (et, lorsqu'ils sont facilement identifiables, aux règlements qui les accompagnent). Elle ne porte pas, par exemple, sur les lois fiscales générales lesquelles peuvent offrir des incitations supplémentaires, ni sur les lois régulant les sociétés ou les codes commerciaux qui sont susceptibles d'imposer des obligations distinctes aux

investisseurs, ou sur les lois en matière d'arbitrage. La présente analyse n'englobe pas non plus la législation sectorielle régissant les investissements dans des secteurs spécifiques, ni la législation plus générale et les constitutions qui peuvent fournir des détails supplémentaires sur, par exemple, les règles en matière de nationalisation et d'expropriation. Par conséquent, ce n'est pas parce qu'un élément spécifique visant à renforcer le développement durable est absent de la loi sur l'investissement, comme l'obligation de l'investisseur de protéger l'environnement, qu'il n'est pas prévu dans une législation distincte. Néanmoins, les lois sur l'investissement sont souvent le reflet de l'approche générale des pouvoirs publics en matière de politique d'investissement et du rôle potentiel de l'investissement dans la réalisation des objectifs de développement durable.

La totalité des États membres de la CEDEAO disposent d'une loi sur l'investissement qui vise les investissements à la fois nationaux et étrangers. La grande majorité de ces lois ont été adoptées ou amendées dans les années 2010-20. Les lois les plus récentes sont celles du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et du Togo et les plus anciennes sont celles du Nigéria, du Sénégal et de la Sierra Leone. Les lois décrites dans cette partie sont énumérées ci-dessous :

- Bénin : *Loi portant Code des investissements* (2020)
- Burkina Faso : *Loi portant Code des investissements* (2018)
- Cabo Verde : *Loi sur l'investissement* (2012, modifiée en 2013)
- Côte d'Ivoire : *Ordonnance portant Code des investissements* (2018)
- Gambie : *Loi sur la promotion des investissements et des exportations* (2015)
- Ghana : *Loi sur le centre de promotion des investissements* (2013)
- Guinée : *Code des investissements* (2015)
- Libéria : *Loi sur l'investissement* (2010)
- Mali : *Loi portant Code des investissements* (2012)
- Niger : *Code des investissements* (2014)
- Nigéria : *Loi sur la Commission de promotion des investissements* (1995, modifiée en 2004 ?)
- Sénégal : *Code des investissements* (2004)
- Sierra Leone : *Loi sur l'investissement* (2004)
- Togo : *Loi portant Code des investissements* (2019)

Le champ d'application des lois sur l'investissement varie d'un pays à l'autre. Certaines lois, comme celles au Ghana ou au Nigéria, sont principalement axées sur l'agence de promotion des investissements, tandis que d'autres, comme celles au Togo ou au Bénin, se concentrent plutôt sur les incitations et avantages accordés, ainsi que sur les conditions à remplir, et énumèrent les règles applicables aux zones spéciales. Mais toutes ces lois contiennent des dispositions plus ou moins détaillées sur les droits et garanties octroyés en faveur des investisseurs et des investissements et, dans certains cas, leur imposent des obligations.

L'introduction de dispositions novatrices à l'échelon régional et continental semble avoir eu des répercussions, dans une certaine mesure, sur la réglementation nationale. Certaines des lois les plus récentes témoignent de la volonté de l'État (i) d'attirer et de protéger les investissements susceptibles de contribuer positivement au développement durable ; (ii) de prévoir des obligations à l'intention des investisseurs dans les lois régissant l'investissement, y compris sur les questions liées au développement durable, et des mécanismes permettant de sanctionner le non-respect de ces obligations ; et, dans une mesure plus limitée, (iii) de repenser les mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États. À l'inverse des instruments régionaux et continentaux sur l'investissement analysés ci-avant, la clarification des clauses portant sur les normes de protection et des engagements et obligations incombant à l'État concernant les questions liées au développement durable est relativement limitée dans les lois régissant l'investissement des pays de la CEDEAO.

### **Terminologie afférente au développement durable et objectifs de développement durable dans les lois les plus récentes**

Comme dans le cas des instruments régionaux sur l'investissement, plusieurs des lois sur l'investissement les plus récentes de la CEDEAO contiennent la terminologie afférente au développement durable dans l'article énonçant l'objet de la loi et, plus rarement, dans le préambule. En Côte d'Ivoire, l'un des objets de la loi est de « favoriser le développement durable par des investissements productifs et socialement responsables » (article 3). Le Libéria, dans le préambule de sa loi, reconnaît le « besoin urgent » de réviser l'ancienne loi sur l'investissement « afin d'assurer la cohérence avec les meilleures pratiques internationales, outil nécessaire qui permettra d'attirer des investissements nationaux et étrangers durables ». Quant au Togo et au Bénin, l'objet de leurs lois sur l'investissement est de « promouvoir, faciliter et protéger l'investissement durable et responsable », et toutes deux définissent des objets plus détaillés à cet égard. Par exemple, la loi béninoise a vocation à encourager la création et le développement des activités visant à favoriser « la création d'emplois durables et décents, la formation des cadres nationaux et l'émergence d'une main-d'œuvre nationale qualifiée », ainsi que « l'industrie verte et la protection de l'environnement » (article 2). La loi guinéenne a pour but d'établir un cadre juridique et institutionnel des investissements privés en vue de favoriser certains objectifs, beaucoup d'entre eux étant liés au développement durable (dont ceux mentionnés dans la loi béninoise). La loi burkinabè fait état de la promotion « des investissements productifs concourant au développement économique et social » du pays (article 2). Huit États membres de la CEDEAO ne font cependant aucune mention du développement durable, que ce soit dans le préambule ou dans un article énonçant l'objet de la loi.

D'autres éléments des lois sur l'investissement se rapportant à l'investissement durable méritent toutefois d'être notés :

- La loi du Cabo Verde énonce que les investissements doivent être subordonnés, entre autres, aux « principes et objectifs de la politique économique et environnementale nationale » et qu'ils « doivent contribuer » à la réalisation de divers objectifs, y compris des objectifs liés au développement durable (article 3). Cette formulation est différente de celle utilisée au niveau régional, en ce que les privilèges octroyés au titre de cette loi pourraient être refusés si l'investissement ne contribue pas à la réalisation de ces objectifs ou y fait obstacle.
- La loi burkinabè impose que l'investisseur obtienne une autorisation préalable du ministre en charge de l'industrie. La demande doit contenir divers éléments, notamment les effets sur l'environnement et les mesures de sauvegarde.
- Certaines lois formulent des avantages et des incitations spécifiques à l'appui des investissements portant sur des secteurs ou des activités contribuant positivement au développement durable, ou refusent le bénéfice de certains avantages en cas d'impact négatif potentiel sur le développement durable. Le Burkina Faso applique des régimes privilégiés assortis de certains avantages, les étend et en prévoit d'autres à l'intention des entreprises opérant dans divers secteurs, dont celui des énergies renouvelables et de la protection de l'environnement (articles 17 et 32 ; voir également la Gambie, article 41 et annexe II). Au Togo, il est prévu que l'agrément approuvant l'octroi des mesures incitatives consenties peut être refusé en cas de prévision ou de risque sérieux d'impacts négatifs sur l'environnement, la santé publique ou la sécurité nationale (article 23).
- Enfin, alors que les lois sur l'investissement excluent souvent certains secteurs ou activités de leur champ d'application et, dans certains cas limités, énumèrent les secteurs d'activités concernés, un très petit nombre de lois excluent ou incluent expressément des secteurs ou activités qui pourraient contribuer négativement ou positivement au développement durable. Le Niger établit une liste positive d'activités visées par le code, y compris la production d'énergie renouvelable. La Gambie indique que l'investissement est interdit dans certains domaines, y compris en cas d'entreprise qui porte atteinte à l'environnement naturel, à la santé publique ou qui contrevient aux lois nationales (article 29).

Toutes les lois nationales sur l'investissement, à l'exception de quatre (Côte d'Ivoire, Gambie, Nigéria et Sierra Leone), contiennent une disposition distincte énonçant le principe de non-discrimination lors de la phase postérieure à l'établissement, avec très peu de limitations pertinentes (du point de vue du développement durable). Au Burkina Faso, au Niger et au Sénégal, le TN est soumis à la réciprocité. Au Bénin, en Côte d'Ivoire et en Guinée, une dérogation est accordée aux projets importants et de grande envergure ou en vue de promouvoir l'entrepreneuriat national. Les autres États membres de la CEDEAO permettent de déroger au TN en cas de mesures affectant tous les investisseurs ou si la législation applicable le prévoit expressément. Par conséquent, si un grand nombre de membres de la CEDEAO autorisent une forme ou une autre de dérogation générale, leur approche est différente de celle adoptée à l'échelon régional, qui se concentre davantage sur ce qu'il convient d'entendre par « circonstances analogues » et n'excluent pas des mesures discriminatoires « afin d'atteindre les objectifs de développement national » (PIF de la SADC).

La plupart des lois sur l'investissement sont très succinctes au sujet de la protection contre l'expropriation et seules deux d'entre elles prévoient des exceptions à ce principe. Le Burkina Faso et le Togo prévoient que les mesures réglementaires conçues et appliquées pour protéger l'intérêt public tel que la santé publique, la sécurité ou l'environnement ne constituent pas des mesures d'expropriation indirecte (articles 8 et 6 respectivement ; la loi togolaise précise que la mesure doit être non discriminatoire).

Deux lois adoptées récemment contiennent une norme relative au traitement juste et équitable sans la définir précisément. La Côte d'Ivoire fait mention d'une norme inconditionnelle de traitement juste et équitable qui prévoit que, sous réserve des conventions bilatérales, régionales et multilatérales signées par l'État, les personnes physiques et morales étrangères reçoivent un traitement juste et équitable au regard des droits et obligations attachés à leurs investissements (article 25). S'agissant du Burkina Faso, la norme relative au traitement juste et équitable est soumise à des réserves mais reste relativement vague. La législation prévoit que les entreprises étrangères jouissent d'un traitement juste et équitable, d'une sécurité et d'une protection constante, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation de leurs investissements (article 12). Aucun État membre de la CEDEAO ne fait mention d'un « traitement administratif et équitable ».

Par ailleurs, les législations nationales des pays de la CEDEAO en matière d'investissement sont généralement plus détaillées sur la garantie du libre transfert de fonds et plusieurs d'entre elles fixent des limites à ce principe. La Côte d'Ivoire prévoit que l'État peut empêcher un transfert de fonds à travers l'application équitable, non discriminatoire et de bonne foi de ses textes concernant, entre autres, la protection de l'environnement (article 28).

### ***Incorporation d'obligations liées au développement durable à l'intention des investisseurs et mécanismes permettant de sanctionner leur violation***

Au même titre que les instruments régionaux sur l'investissement analysés ci-avant, un grand nombre de législations nationales sur l'investissement imposent des obligations aux investisseurs et à leurs investissements (soit à tous, soit à ceux qui profitent d'avantages spécifiques). Certaines lois, comme en Guinée et au Bénin, contiennent des chapitres ou des articles distincts sur ces obligations et prévoient un vaste assortiment d'obligations, tandis que d'autres prévoient des obligations de nature plus spécifique. Cette pratique vise à établir un équilibre entre les garanties offertes aux investisseurs et les conditions que les investisseurs doivent respecter pour être éligibles à ces garanties et aux mesures incitatives.

Une grande majorité des lois relatives à l'investissement renferment une obligation générale de respect de la législation et de la réglementation nationales par les investisseurs et leurs investissements, comme c'est le cas au Bénin, en Côte d'Ivoire, en Guinée, en Gambie et au Niger. En outre, nombre de ces lois imposent des obligations antérieures et/ou postérieures à l'établissement. Si certaines de ces obligations

concernent des domaines liés au développement durable, leur portée et leur contenu sont plus limités que ceux figurant dans les instruments régionaux sur l'investissement de la CEDEAO analysés ci-avant.

Un nombre limité de lois sur l'investissement imposent des obligations antérieures à l'établissement, principalement liées à la corruption (par exemple, l'article 25 de la loi béninoise prévoit que « [l']investisseur s'abstient de tout acte de corruption et de tout acte d'infractions connexes avant, pendant ou après son établissement » ; voir également l'article 26 du *Code des investissements* de la Guinée) et à la protection de l'environnement (par exemple, l'article 20 de la loi togolaise, qui oblige les investisseurs à présenter un certificat d'étude d'impact environnemental lorsqu'ils demandent à profiter d'avantages et de mesures incitatives spécifiques). Certaines lois sanctionnent également la présentation de déclarations fausses ou trompeuses à l'occasion d'une demande à bénéficier d'avantages ou d'incitations spécifiques, ce qui pourrait être interprété comme une « obligation antérieure à l'établissement ».

Les obligations postérieures à l'établissement sont plus fréquentes (de même que les garanties postérieures à l'établissement). Dans plusieurs lois, les investisseurs sont tenus de se conformer à des législations et réglementations spécifiques, notamment en matière d'environnement et de travail (par exemple l'article 34, Ghana ; l'article 15, Niger ; ou l'article 37, Togo) et, plus rarement, en matière de droits humains ou de RSE (articles 21 à 24, Guinée ou l'article 36, Côte d'Ivoire). Certaines lois contiennent des obligations plus spécifiques en matière d'environnement et imposent à l'investisseur de protéger l'environnement en prenant toutes les mesures nécessaires et appropriées (annexe I, partie II, Gambie) ou en recourant aux procédés et équipements techniques jugés les mieux adaptés par les services compétents (article 20, Burkina Faso). D'autres imposent des obligations plus spécifiques sur les questions liées au travail, en particulier à l'égard des investisseurs ou des entreprises bénéficiant d'avantages ou de mesures incitatives spécifiques. Les investisseurs sont souvent tenus de recruter en priorité des travailleurs locaux à qualification égale, de contribuer au développement de leurs compétences par la formation et le transfert de technologie, et de les promouvoir (article 25, Sénégal ; article 28, Mali ; article 37, Togo ; ou article 23, Bénin). Enfin, certaines de ces lois, comme en Côte d'Ivoire (article 36), obligent l'investisseur à s'abstenir de tout acte de corruption ou à se doter de règles éthiques en matière de corruption et d'un système de contrôle interne et externe et de procédures de travail.

À l'instar des instruments régionaux de la CEDEAO en matière d'investissement, de nombreuses législations sur l'investissement contiennent également des mécanismes visant à sanctionner de différentes manières le non-respect potentiel de ces obligations. Plusieurs lois prévoient qu'un manquement aux obligations énoncées dans ces lois peut entraîner la suspension ou le retrait des avantages accordés et/ou du certificat d'agrément octroyant les avantages, le remboursement des taxes et autres redevances qui n'ont pas été payées, et/ou une amende (par ex. article 25, Bénin). En Côte d'Ivoire, le certificat d'agrément des avantages peut être retiré en cas de non-respect des obligations environnementales pouvant entraîner des conséquences sur la santé humaine et animale (article 48). Par ailleurs, certaines lois, comme au Togo (article 17), précisent que l'agence de promotion des investissements ou un autre organisme compétent doit s'assurer du respect de ces obligations.

### ***Des obligations en matière de développement durable limitées pour les États***

Contrairement aux instruments de la CEDEAO sur l'investissement, les lois nationales sur l'investissement n'intègrent pas les obligations ou les engagements incombant aux États concernant les questions clés de développement durable telles que la protection de l'environnement, le respect des normes du travail et des droits humains ou la lutte contre la corruption. Cependant, plusieurs États membres de la CEDEAO prennent d'autres engagements dans ces lois qui pourraient contribuer de façon positive au développement durable. Certains États s'engagent à créer un environnement favorable aux investisseurs dont les projets sont couverts par leur loi sur l'investissement (article 8, Mali et article 12, Guinée), à assurer la transparence du cadre d'investissement et à se protéger contre l'application rétroactive de lois défavorables (article 9 et 10, Libéria) – des mesures qui pourraient favoriser l'investissement, y compris

l'investissement susceptible de contribuer de manière positive au développement durable. D'autres s'engagent à protéger les droits de propriété intellectuelle conformément aux accords et traités internationaux auxquels ils ont adhéré – une mesure qui pourrait favoriser l'innovation (article 8, Libéria ; article 32, Côte d'Ivoire ; et article 14, Bénin).

La plupart de ces lois contiennent également des dispositions concernant la création et le fonctionnement d'une agence ou d'une commission spécialisée chargée de promouvoir et de faciliter les investissements, renforçant ainsi la possibilité d'attirer des investissements susceptibles de contribuer positivement au développement durable, bien que la mesure dans laquelle ces agences accordent la priorité aux investissements durables ne soit pas évaluée dans la présente analyse.

### ***Des approches différentes de la possibilité de recourir à l'arbitrage***

Toutes les lois sur l'investissement des pays de la CEDEAO font mention du recours à l'arbitrage pour résoudre les différends avec les investisseurs étrangers et parfois nationaux, mais en utilisant des méthodes différentes. Une première série de lois, dont certaines parmi les plus récentes, prévoit le consentement préalable des autorités à l'arbitrage, avec parfois des limites quant à son champ d'application :

- Les lois sur l'investissement du Nigéria, du Libéria et de la Gambie autorisent simplement le recours à l'arbitrage (articles 26, 12 et 35 respectivement).
- Le Cabo Verde dispose que le différend sera réglé par l'arbitrage, si aucune autre voie n'est convenue, ou par les juridictions nationales si les deux parties le souhaitent (article 14).
- Le Mali (article 29), le Bénin (article 45), la Guinée-Bissau (articles 18-19) et le Burkina Faso (articles 38-39) donnent la possibilité de choisir entre le recours aux juridictions nationales et l'arbitrage (et dans certains cas la conciliation) en précisant que la demande d'arbitrage suspend toute procédure contentieuse.
- Le Niger autorise le recours à l'arbitrage mais le limite à certains différends, à savoir ceux portant sur la validité, l'interprétation, l'application ou la révision d'une ou plusieurs clauses de l'agrément accordant des avantages spécifiques (articles 45-7).

Un deuxième ensemble de lois ne prévoit pas ou ne semble pas prévoir de consentement préalable, bien que d'autres voies possibles soient envisagées :

- Au Sénégal, l'article 12 de la loi établit que les différends doivent être réglés conformément aux procédures de conciliation et d'arbitrage résultant d'un accord entre les parties ou d'accords ou traités relatifs à la protection des investissements conclus avec le pays d'origine de l'investisseur – ce qui laisse entendre qu'en l'absence d'un tel accord ou traité, il ne sera pas possible de recourir à l'arbitrage.
- La Sierra Leone et le Ghana autorisent le recours à l'arbitrage et énoncent diverses formes procédurales, mais prévoient que « lorsqu'aucun recours n'est possible par le biais de l'arbitrage ou de contrats précédemment établis ou d'autres instruments légaux » (Sierra Leone) ou en cas de désaccord avec l'investisseur quant à la méthode de règlement des différends à adopter, et s'il n'existe pas de convention d'arbitrage contraire (Ghana), le différend doit être soumis à l'autorité juridique compétente (Sierra Leone) ou résolu par le biais de la médiation en vertu de la loi ghanéenne de 2010 sur le règlement extrajudiciaire des différends.
- La Guinée et le Togo indiquent que le différend doit être réglé par les juridictions nationales (ou régionales), mais que les parties peuvent convenir de le soumettre à l'arbitrage (articles 43 et 7, respectivement).
- En Côte d'Ivoire, les règles de conciliation de la CNUDCI s'appliquent au différend, mais les parties peuvent convenir de le soumettre au Centre d'arbitrage de la Cour commune de justice et

d'arbitrage de l'OHADA. L'investisseur est tenu d'envoyer une lettre à l'agence de promotion des investissements qui expose la méthode de résolution choisie ; par ce choix, l'investisseur renonce à l'utilisation de tout autre centre d'arbitrage pour le règlement des différends avec l'État.

Le Tableau 2.1 fait la synthèse de la discussion qui précède. Il compare les dispositions en lien avec le développement durable à l'échelon régional et continental avec celles figurant dans les lois nationales sur l'investissement des États membres de la CEDEAO. Cette récapitulation des dispositions de manière binaire ne rend pas pleinement justice aux éventuelles conditions qui pourraient être incluses dans une disposition donnée, mais dans l'ensemble, il fournit un bref aperçu du degré de conformité des lois nationales sur l'investissement avec les innovations introduites aux niveaux régional et continental et qui sont les plus susceptibles de figurer dans le très attendu protocole sur l'investissement de la ZLECAf.

**Tableau 2.1. Les lois nationales sur l'investissement dans les pays de la CEDEAO ne reflètent pas entièrement les formules de plus grande portée retenues à l'échelle continentale**

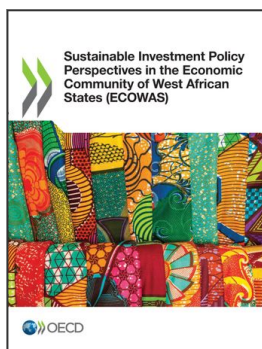
|  | CPAI | Modèle de TBI de la SADC  | PIF de la SADC (2016)                      | AA de la CEDEAO                                    | ECOWIC | Législations nationales sur l'investissement                      |
|--|------|---|--|--|--------|---|
| Mentions du développement durable, du droit de l'État de réglementer ou d'obligations des investisseurs dans le préambule ou d'autres dispositions générales | Oui  | Oui   | Oui  | Oui  | Oui    | Oui = 7<br>Non = 8  |
| Limitations de la protection contre l'expropriation (par ex., santé publique, sécurité et environnement)   | Oui  | Oui   | Oui  | Oui  | Oui    | Oui = 2<br>Non = 13   |
| Traitement national  | Oui  | Oui   | Oui  | Oui  |        | Oui = 11<br>Non = 4   |
| Limites au principe du TN, par ex. lors de l'évaluation des « circonstances analogues »  |      | Oui   | Oui  | Oui  | Oui    | Oui = 9<br>Non = 2  |
| Traitement « juste » et « équitable »  | Non  | Oui, sous réserve du droit international coutumier ou du traitement administratif équitable | Non  | Oui, sous réserve du droit international coutumier | Non    | Oui (avec des réserves) = 1<br>Oui (sans réserve) = 1<br>Non = 13 |
| Exceptions générales concernant les mesures relatives au développement durable   |      | Oui   | Non, sauf conformité avec d'autres traités | Oui  | Oui    |   |
| Conformité avec la législation nationale   | Oui  | Oui   | Oui  | Oui  | Oui    | Oui = 9<br>Non = 6  |
| Obligations lors de la phase antérieure à l'établissement (environnement, travail, droits humains, RSE, corruption)  | Oui  | Oui   | Non  | Oui  | Oui    | Oui = 5<br>Non = 10   |
| Obligations lors de la phase postérieure à l'établissement (environnement, travail, droits humains, RSE, corruption)   | Oui  | Oui   | Non  | Oui  | Oui    | Oui = 12<br>Non = 3   |

Source : Compilation de l'OCDE.

## Bibliographie

- CEDEAO (2018), *Code des investissements de la CEDEAO*, [7]  
<https://wacomp.projects.ecowas.int/wp-content/uploads/2020/03/ECOWAS-COMMON-INVESTMENT-CODEFRENCH.pdf>.
- CEDEAO (2008), *Supplementary Act A/SA.3/12/08 Adopting Community Rules on Investment and the Modalities for their Implementation with ECOWAS*, <https://ecowas.int/>. [3]
- Mbengue, M. et S. Schacherer (2021), « Evolution of International Investment Agreements in Africa: Features and Challenges of Investment Law “Africanization” », dans *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Singapore, Singapour, <https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2>. [2]
- OCDE (2022), *FDI Qualities Policy Toolkit*, Éditions OCDE, Paris, [1]  
<https://doi.org/10.1787/7ba74100-en>.
- SADC (2018), *Modèle de TBI de la SADC*, <http://www.sadc.int/>. [5]
- SADC (2006), *Protocole sur la finance et l'investissement 2006*, [4]  
[https://tis.sadc.int/files/4413/3156/3291/finance-French\\_version.pdf](https://tis.sadc.int/files/4413/3156/3291/finance-French_version.pdf).
- Union africaine (2019), *Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine*, <https://au-afcfta.org/wp-content/uploads/2022/01/AfCFTA-Agreement-FR.pdf>. [8]
- Union africaine (2016), *Code panafricain d'investissements*, [6]  
[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).





Extrait de :

## Sustainable Investment Policy Perspectives in the Economic Community of West African States (ECOWAS)

Accéder à cette publication :

<https://doi.org/10.1787/654e2de5-en>

### Merci de citer ce chapitre comme suit :

OCDE (2024), « Rééquilibrage et alignement de la politique d'investissement à l'appui du développement durable », dans *Sustainable Investment Policy Perspectives in the Economic Community of West African States (ECOWAS)*, Éditions OCDE, Paris.

DOI: <https://doi.org/10.1787/26028356-fr>

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région. Des extraits de publications sont susceptibles de faire l'objet d'avertissements supplémentaires, qui sont inclus dans la version complète de la publication, disponible sous le lien fourni à cet effet.

L'utilisation de ce contenu, qu'il soit numérique ou imprimé, est régie par les conditions d'utilisation suivantes :

<http://www.oecd.org/fr/conditionsdutilisation>.