

Université de Montréal

**Protection de l'intérêt général et investissements directs
étrangers dans le secteur minier malien : contribution aux
réformes du droit OHADA**

par Korotoumou KANTA

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de docteur en droit (LLD)

Décembre 2018

© Korotoumou KANTA, 2018

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Cette Thèse intitulée :

**Protection de l'intérêt général et investissements directs
étrangers dans le secteur minier malien : contribution
aux réformes du droit OHADA**

Présentée par :

Korotoumou KANTA

A été évaluée par un jury composé des personnes
suivantes :

Emmanuel Sibidi DARANKOUM, Président-Rapporteur

Hervé A PRINCE, Directeur de recherche

Hellène TRUDEAU, Membre du jury

Elisabeth STEYN, Examinatrice externe, Western University

Robert KASSISI, Représentant de la doyenne

Résumé

Dans la présente étude, la protection des droits de l'homme et la promotion du développement durable sont considérées comme des préoccupations d'intérêt général. Partant de l'hypothèse d'une surprotection par le droit international de l'investissement de l'investisseur étranger, l'auteur tente de démontrer que le rééquilibrage des droits et des obligations entre investisseurs étrangers et États hôtes de l'investissement, amorcé dans les pays développés n'est pas perceptible dans les pays du sud. En effet, l'analyse faite des politiques et cadres juridiques relatifs aux investissements étrangers des pays de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) semble conforter la thèse selon laquelle les mécanismes de prise en compte des préoccupations d'intérêt général sont relativement inadéquats, ou à tout le moins, insuffisamment efficaces. Les politiques de promotion et de protection de l'investissement direct étranger (IDE) y sont privilégiées, laissant peu ou pas de place aux politiques de protection axées sur les enjeux d'intérêt général. Il en résulte donc un déséquilibre marqué entre les mécanismes de promotion mis en œuvre dans ces pays et la nécessaire prise en compte des préoccupations liées au développement durable et à la protection des droits de l'homme. En nous appuyant sur le cas des investissements miniers au Mali, la présente étude permet de mettre en lumière ce déséquilibre tout en insistant sur les faiblesses systémiques et les conditions asymétriques dans lesquelles les instruments de régulation des investissements miniers sont produits et mis en œuvre. Les pistes de réflexion suggérées privilégient des approches fondées sur la convergence, à l'échelle des pays membres de l'OHADA, des mécanismes de production et de mise en œuvre des instruments juridiques entourant les investissements étrangers. Dans cette nouvelle configuration, le pouvoir d'uniformisation et d'harmonisation de l'OHADA est fortement sollicité.

Mots-clés : mine, investissement direct étranger, intérêt général, OHADA, responsabilité
sociétale des entreprises

Abstract

The protection of both human rights and sustainable development are viewed as real concerns of general interest in this thesis. These constitute a real challenge in international law of investments that often overprotects the foreign investor. The need to consider the general interest has been manifested in some case law before gaining the traditional way. This positive trend, consisting in including concerns of general interest remains exceptional, particularly in the investment policies and legislation in developing countries. On one hand, the legal regime of foreign direct investment (FDI) shows some disproportions of negotiating power to sign bilateral investment treaties negotiated with developed countries. On the other hand, government contracts present the same failures. Furthermore, FDI promotion and protection policies have become priorities on issues of general interest. The imbalance of the legal regime of FDI is reflected in the national investment laws in developing countries.

Mining in Mali is a perfect example of the challenge of protecting the public interest in the legal framework of FDI. Avenues to find the way out have therefore been suggested in the context of the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA). The main goal is to promote a better protection of the general interest in Mali as well as in its other State members. These lines of thought have favored standardization of FDI in OHADA's body of law by focusing on the admission phase and the negotiation of investment treaties on behalf of the State members.

Keywords: mine, foreign direct investment, general interest, OHADA, social responsibilities of corporations responsibility

Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	iii
Table des matières.....	v
Liste des figures	xi
Liste des abréviations.....	i
Remerciements.....	vii
Introduction générale	1
PRÉMIÈRE PARTIE : PROTÉGER L'INTÉRÊT GÉNÉRAL, UN DÉFI POUR LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'INVESTISSEMENT MINIER MALIEN.....	21
CHAPITRE I: L'INTÉRÊT GÉNÉRAL EN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS.....	22
Section 1 : La notion d'intérêt général en droit	24
Paragraphe 1 : L'intérêt général, entre approche volontariste et utilitariste	24
A- La conception volontariste de l'intérêt général.....	24
B- L'approche utilitariste de la notion d'intérêt général.....	29
Paragraphe 2 : Essai de conceptualisation de la notion d'intérêt général	33
A- Intérêt général et Notions voisines	33
B- Appréhension de l'intérêt général par le droit international	36
Section 2 : L'émergence de la notion d'intérêt général en droit international des investissements	41
Paragraphe 1 : L'évolution de la notion d'intérêt général en droit international des investissements	41
A- Considérations d'intérêt général dans les questions procédurales d'investissement.....	42
B- Considérations d'intérêt général et questions substantielles de protection de l'investissement.....	49
Paragraphe 2 : Les principales techniques de prise en compte de l'intérêt général en droit international des investissements.....	54

A- La voie jurisprudentielle	54
B- La voie conventionnelle	65
Paragraphe 3 : Interactions entre Intérêt général et investissement international dans le secteur minier malien	73
A- Spécificités des opérations minières et de l'exploitation minière malienne	74
B- La notion d'intérêt général, entre différentes formulations dans le secteur minier malien.....	81
Chapitre II: La protection de l'intérêt général dans la réglementation de l'investissement minier malien : état des lieux	87
Section 1 : Dichotomie entre l'évolution conceptuelle de l'intérêt général et le droit positif malien.....	89
Paragraphe 1 : Le déphasage entre la pratique post coloniale et les programmes d'ajustement structurels	90
A- L'évolution des politiques et législations minières maliennes depuis les indépendances	90
B- Les reformes subséquentes à partir des années 1991	96
Paragraphe 2 : L'impact relatif de la régionalisation sur l'encadrement des investissements dans le secteur minier malien.....	108
A- La consécration d'un droit sous régional applicable au secteur minier malien	109
B- Un droit sous régional perfectible face aux enjeux de la protection de l'intérêt général au Mali	117
Section 2 : De la prise en compte de l'intérêt général, entre occasion manquée et prééminence économique.....	123
Paragraphe 1 : La contribution de l'exploitation minière à l'effort du développement économique	123
A- Exploitation minière et développement économique	124
B- Exploitation minière en marge des enjeux du développement économique	140
Paragraphe 2 : Exploitation minière et préoccupations non économiques.....	160
A- Prise en compte des préoccupations d'intérêt général dans l'exploitation minière malienne.....	161

B- Les limites liées à la protection des préoccupations d'intérêt général.....	170
DEUXIÈME PARTIE : PROTÉGER L'INTÉRÊT GÉNÉRAL, UN DÉFI AXÉ SUR	
L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS	184
Chapitre I: La responsabilité sociétale des entreprises (RSE) comme mécanisme	
complémentaire dans la prise en compte de l'intérêt général	185
Section 1 : La responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE), un mandat délégué aux	
entreprises minières	186
Paragraphe 1 : Le concept ambigu de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE)	
.....	187
A- L'évolution de la notion de responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE)....	188
B- Les pratiques de RSE	199
Paragraphe 2 : Le développement des normes internationales de RSE	205
A- Les instruments normatifs internationaux de régulation de la RSE.....	207
B - Les instruments normatifs internationaux, un problème d'effectivité	220
Section 2 : La mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises dans le secteur	
minier malien	225
Paragraphe 1 : La nécessité de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) au Mali	
.....	226
A- Appropriation des pratiques de RSE dans l'exploitation minière malienne...	226
B- Le développement communautaire, une question centrale de RSE au Mali.....	233
Paragraphe 2- Les faiblesses d'une politique d'investissement fondée sur la RSE au	
Mali.....	238
A – Une portée juridique limitée couplée à un problème d'effectivité.....	238
B- La RSE, Nécessité d'un encadrement.....	244
Chapitre II : L'OHADA comme cadre de référence pour une meilleure protection de l'intérêt	
général.....	251
Section 1 : Vers un régime minier malien en phase avec l'évolution des relations	
économiques internationales.....	255
Paragraphe 1 : Les grands échecs du régime actuel de l'IDE dans les États membres de	
l'OHADA.....	256

Paragraphe 2 : Pour un renouvellement du cadre juridique de l'IDE en droit OHADA	288
A- Le rapatriement formel des compétences en matière d'IDE.....	290
B- Vers une uniformisation des procédures d'admission et de protection de l'IDE en droit OHADA.....	306
Section 2 : Les modalités de mise en œuvre des mécanismes de protection de l'intérêt général dans l'espace OHADA	319
Paragraphe 1 : L'OHADA comme outil de consolidation des mécanismes de protection de l'intérêt général	320
A- Retour sur le caractère atypique de l'OHADA	320
B- L'OHADA, un cadre incontournable pour une uniformisation du régime juridique de l'IDE	330
Paragraphe 2 : Le renforcement des mécanismes d'effectivité de l'intérêt général ...	339
A- Le partage de compétence entre l'OHADA et les autres mécanismes juridiques nationaux et sous- régionaux.....	340
B- La pertinence d'une uniformisation des mécanismes de règlement des différends	345
Conclusion Générale.....	363
Bibliographie.....	370
Code minier de 2012 du Mali	414
Titre 1 - Des dispositions générales	414
Chapitre 2 - Objet et domaine d'application.....	419
Chapitre 3 - De la classification des gites de substances minérales.....	420
Chapitre 4 - De la convention d'établissement	421
Titre 2 - De la recherche et de l'exploitation	421
Chapitre 3 - De la recherche	423
Section 1 - De l'autorisation d'exploration.....	423
Section 2 - De l'autorisation de prospection.....	424
Section 3 - Du permis de recherche	425
Chapitre 3 - De l'exploitation	427
Section 1 - De l'exploitation artisanale.....	427

Section 2 - De l'autorisation d'exploitation de petites mines	429
Section 3 - Du permis d'exploitation	430
Chapitre 4 - Du financement de la recherche et de la formation	432
Titre 3 - Des relations des titulaires de titres miniers avec les propriétaires du sol	433
Titre 4 - De l'exercice de la surveillance administrative et des mesures à prendre en cas d'accident.....	435
Titre 5 - Des carrières	439
Chapitre 1 - Des catégories et des caractéristiques	439
Chapitre 2 - Des relations avec les propriétaires du sol.....	440
Chapitre 3 - Des relations avec les autorités administratives.....	441
Titre 6 - Des déclarations de fouilles et des levés géophysiques et géotechniques	442
Titre 7 - Des dispositions économiques, financières, fiscales et douanières applicables aux activités minières	443
Chapitre 1 - Du régime économique.....	443
Chapitre 2 - Du régime financier	444
Chapitre 3 - Du régime fiscal.....	444
Chapitre 4 - Du régime douanier.....	447
Chapitre 5 - Du régime fiscal et douanier particulier.....	1
Chapitre 6 - Des assurances	2
Titre 8 - Des dispositions relatives à l'emploi et à la formation professionnelle, à la sante, à l'hygiène, à la sécurité, à l'environnement, au patrimoine culturel, au développement communautaire et à la fermeture de mine.....	2
Chapitre 2 - De la sante, de l'hygiène et de la sécurité.....	3
Chapitre 3 - De la protection de l'environnement et du patrimoine culturel	4
Chapitre 4 - Du développement communautaire	6
Chapitre 5 - De la fermeture de la mine.....	6
Titre 9 - Des dispositions particulières relatives aux substances précieuses provenant de l'activité artisanale et aux substances minérales radioactives	7
Titre 10 - Des infractions et des sanctions	8
Titre 11 - Des dispositions transitoires et finales.....	9
Traité Fondateur de L'OHADA.....	11

Préambule	12
Titre 1 - Dispositions générales	13
Titre 2 - Les actes uniformes.....	13
Titre 3 - Le contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des actes uniformes	14
Titre 4 - L'arbitrage	17
Titre 5 - Les institutions	18
Titre 6 - Dispositions financières	i
Titre 7 - Statut, immunités et privilèges.....	ii
Titre 8 - Clauses protocolaires	iii
Titre 9 - Révision et dénonciation.....	iv
Dates de ratification et d'entrée en vigueur du Traité.....	v

Liste des figures

Figure 1.	Source : Cellule de planification et des statistiques du Ministère des Mines	132
Figure 2.	Contribution du secteur minier au PIB	133
Figure 3.	Schéma de répartition de l'exploitation aurifère entre l'État du Mali et les sociétés minières y opérant.....	143
Figure 4.	Nombre de travailleurs employés dans les mines industrielles.....	152

Liste des abréviations

AECG	Accord économique et commercial global AGCS Accord général pour le commerce et les services
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
AMGI	Agence multilatérale de garantie des investissements
API	Agence pour la promotion des investissements
AU	Acte uniforme
AUDA	Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage
AUS	Acte uniforme sur les suretés
BM	Banque mondiale
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CDF	Code domanial et foncier
CEDEAO	Communauté économique des États d'Afrique de l'ouest
CEE	Communauté des États européens
CEMAC	Communauté économique des États d'Afrique centrale
CGI	Code général des impôts
CI	Code des investissements
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement
CMC	Code minier communautaire
CNUCED	Commission des Nations unies pour le commerce et le développement

CNUDCI	Commission des Nations Unies pour droit du commerce international
CPS	Cellule de planification et de statistique
CSCR	Cadre stratégique pour la croissance et la réduction de la pauvreté
CTDCL et local	Comité technique de développement pour le développement communautaire
DD	Développement durable
DPM	Déclaration de politique minière
EIES	Étude d'impact environnemental et social
EMN	Entreprise multinationale
ET	Entreprise transnationale
FIAN	First international action and network
FIDH	Fédération internationale pour les droits de l'homme
GATT	General agreement on tariffs and trade
GERSDA	Groupe d'étude et de recherche en sociologie et droit appliqué
IBIC	Impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux
ICMM	International council on mining and Metals
IDE	Investissement direct étranger
IDMR	Initiative pour le développement minier responsable
IFI	Institutions financières internationales

IG	Intérêt général
IS	Impôt sur les sociétés
ISO	International Organization standardization
ITIE	Initiative pour la transparence des industries extractives
LIC	Loi sur investissement Canada
MIC	Mesures d'investissement pour le commerce
NPF	Clause de la Nation la plus favorisée
OCDE	Organisation de coopération pour le développement économique
OHADA	Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OI	Organisation internationale
OIT	Organisation internationale du travail
PADI	Programme
PCC	Politique commerciale commune
PCN	Points de contact national
PDC	Programme de développement communautaire
PDOCDE	Principes directeurs de l'Organisation de coopération pour le développement économique

PDSEC	Programme pour le développement social, économique et culturel
PED	Pays en voie de développement
PIB	Produit intérieur brut
PM	Pacte Mondial
PMC	Politique minière commune
PNPE	Politique nationale de protection de l'environnement
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
POPS	Polluants organiques persistants
RSE	Responsabilité sociétale des entreprises
RIE	Revue des industries extractives
SA	Société anonyme
SEMOS	Société des mines d'or de Sadiola
SOMILO	Société des mines de Loulo
SOMIKA	Société des mines de Kalana
SOMISY	Société des mines de Syama
TBI	Traité bilatéral d'investissement
UDEAO	Union douanière des États d'Afrique de l'ouest
UE	Union européenne
UEMOA	Union économique et monétaire ouest africain
UMOA	Union monétaire ouest africain

Kaman Mohamed Lamine KEITA
Yamoussa Nabil Lamine KEITA

Remerciements

Aux termes de cette aventure solitaire qui fut tout aussi longue qu'excitante, nous souhaiterions rendre un vibrant hommage et des plus mérités à notre directeur de recherche, le professeur Hervé AGBODJAN PRINCE, pour son soutien constant, sa patience, ses judicieux conseils jusqu'à l'aboutissement de cette recherche. C'est un privilège d'avoir été sous votre supervision et d'avoir bénéficié de votre expertise en droit international économique. Veuillez trouver ici l'expression de notre profonde reconnaissance.

C'est aussi l'occasion de souligner l'hospitalité de l'Université de Montréal qui nous a octroyé de nombreuses bourses et qui a mis à notre disposition les services nécessaires pour mener à bien cette recherche. Nos sincères remerciements vont également à l'Université de Bamako, qui nous a accompagné et a facilité l'aboutissement de cette recherche. Une note particulière est adressée aux professeurs Sekene Moussa Sissoko et à Bonnie Campbell pour avoir fait des observations sur différentes versions de cette thèse.

Merci aux membres du jury pour avoir accepté d'évaluer cette thèse. Qu'ils trouvent ici toute notre gratitude pour leurs contributions qui ont permis d'apporter des améliorations substantielles à cette recherche.

Nous ne saurions terminer sans un encart spécial à notre famille pour son soutien indéfectible et sa patience. Notre père Yamoussa KANTA qui n'a ménagé aucun effort pour nous assurer une éducation de qualité et qui s'est même prêté à relire ce travail sans toutefois être juriste; à notre mère Adam TANGARA pour sa sollicitude sans faille et ses nombreux encouragements. A nos sœurs, pour leur soutien moral et pour avoir cru en notre potentiel. A notre conjoint qui a dû supporter la solitude et la distance pour nous voir finaliser cette thèse. A nos trésors, Kaman

Mohamed et Yamoussa Nabil qui nous ont apporté un nouvel élan à la fin de ce parcours doctoral. Sans vous, cette œuvre n'aurait pas été possible.

Aux amis, collègues et à toutes celles et ceux qui nous ont accompagné d'une manière ou d'une autre et qui ont contribué de près ou de loin à la réalisation de ce travail. Nous vous disons merci.

Introduction générale

Les enjeux de l'exploitation minière en Afrique sont multiformes et interdisciplinaires. Ils font appel aux questions de transparence, de développement, de protection des droits de l'homme, des conditions de travail et de vie des employés sur les sites miniers, de préoccupations des communautés locales vivant autour de ceux-ci et de la protection de l'environnement. Nous avons choisi dans le cadre de cette recherche de nous appesantir sur les préoccupations de protection des droits de l'homme et du développement durable qui ne sont certes pas plus importants que les autres aspects précités. Mais elles apparaissent plus que pertinentes dans le cadre de l'exploitation minière au Mali où le cadre juridique n'est pas perçu comme étant en phase avec l'évolution des relations économiques internationales. La littérature sur les investissements dans le secteur minier au Mali se réfère davantage aux enjeux de développement durable et de prise en compte des préoccupations des communautés locales¹. Elle n'aborde quasiment pas ces enjeux sous la bannière des considérations d'intérêt général tel qu'appréhendé par le droit international des investissements, sphère de notre réflexion. Dans

¹Bonnie Campbell, Thomas M Akabzaa, *Ressources minières en Afrique : quelle réglementation pour le développement?* Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010; Claire Mainguy, « Investissements étrangers et développement : le cas du secteur de l'or au Mali » (2013) 162: 2 *Mondes en développement* 87-87; Claire Mainguy, « La mondialisation par les investissements au Mali » (2005) 31 *Cahier GEMDEV* 6-11; Amadou Keita, « Responsabilité sociale des entreprises minières et développement communautaire dans les zones minières au MALI, du volontariat à l'obligation juridique, une perspective du terrain » dans Bonnie Campbell et Myriam Laforce, *La responsabilité sociale des entreprises dans le secteur minier : réponse ou obstacles aux enjeux de légitimité et de développement en Afrique?* Québec, Presses Universitaires du Québec, 2016; Claire Mainguy et Segal B Diallo. « La contribution du secteur de l'or à l'économie malienne » dans *Quelle intégration internationale pour l'Afrique?* Karthala, Paris, France, 2014; Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), *L'exploitation minière et les droits de l'homme*, Mission internationale d'enquête, FIDH, Septembre 2007; OXFAM AMERICA. *Un héritage entaché: une analyse sociale et environnementale de la mine d'or de Syama au Mali*, 2004; OXFAM, *Trésor caché? A la recherche des revenus de l'exploitation aurifère du Mali*, BAMAKO, 2006; Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable, l'expérience de l'industrie minière au Mali*, Université du Québec à Montréal, 2009.

cette perspective, notre analyse se focalisera sur la phase de l'exploitation minière, troisième phase du cycle minier. Il y a lieu de rappeler que le cycle minier peut être décomposé en quatre phases : l'exploration, la conception du projet et la construction, l'exploitation et la fermeture de la mine². L'exploitation est l'étape de production de la mine, intervenant après la découverte du gisement ainsi que l'aménagement et la construction de la mine.

Il y a actuellement huit (8) mines d'exploitation d'or au Mali, un pays continental avec un millier de kilomètres le séparant du port maritime le plus proche. Il est situé en Afrique de l'ouest, frontalier de la Mauritanie et de l'Algérie au Nord, du Niger à l'est, du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire au Sud, de la République de Guinée au sud-ouest et du Sénégal à l'ouest. Ancienne colonie française, le Mali est devenu indépendant le vingt-deux (22) septembre 1960. Le pays a une population d'environ dix-huit millions et une superficie d'un million deux cent quarante un mille deux cent trente-huit (1.241.238) km². La population (90%), les villes et les activités minières et agricoles sont concentrées dans le sud-ouest du pays. L'économie du Mali s'appuie sur trois piliers :

- l'agriculture;
- la production aurifère, partagée en mines industrielles et artisanales; et
- l'aide au développement.

² L'exploration est la première phase du cycle minier. Une fois qu'un titre minier est autorisé par les autorités gouvernementales compétentes, le prospecteur ou l'entreprise détient des droits exclusifs d'exploration sur cette parcelle de terrain pour une période de temps déterminée. L'exploration est un processus très lent qui peut s'étendre jusqu'à dix ans, parfois plus, entre la découverte d'un minerai prometteur et le démarrage d'une nouvelle mine. L'aménagement de la mine constitue la deuxième phase du cycle minier dont l'objectif est d'estimer la valeur potentielle du gisement minéral et de déterminer s'il peut être exploité de manière rentable. La troisième phase est l'exploitation qui est l'étape de la production de la mine. La fermeture de la mine est considérée comme étant la quatrième phase du cycle minier. Elle vise la conversion d'une mine qui est en exploitation en un site fermé, de façon ordonnée et respectueuse de l'environnement et en toute sécurité. Voir Havard Halland, Martin Lokanc et Arvind Nair, *Le secteur des industries extractives, points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes des finances publiques et des responsables politiques*, Washington, Groupe de la Banque Mondiale, 2016.

L'agriculture (essentiellement vivrière), l'élevage et la pêche occupent plus des trois quarts de la population et produisent plus de 40% du produit intérieur brut (PIB). Elle participe aussi aux exportations du Mali. Jusqu'aux années 1990, le coton constituait le premier produit d'exportation de ce pays avant d'être remplacé par l'or. Le secteur minier représente 6% du PIB, ses exportations représentaient presque 66% des exportations maliennes en 2015. Le secteur est dominé par la production aurifère. Quant à l'aide au développement, elle représente une bonne part du PIB. En 2013, l'aide au développement a atteint 1.4 milliards de dollars, l'équivalent de 13% du PIB. Cette dépendance envers l'aide internationale a fortement diminué au cours des dernières décennies, elle correspondait à 78% du PIB malien en 1984. L'essor du secteur tertiaire, notamment, les télécommunications, contribue aussi à soutenir le développement. Les services représentent de nos jours plus d'un tiers du PIB³.

L'économie malienne dépend ainsi du secteur minier qui est devenu un des leviers de son développement économique. C'est suite aux périodes successives de sécheresse dans les années 1970 que le gouvernement malien a pris conscience qu'il ne pouvait pas se focaliser uniquement sur l'agriculture, elle-même tributaire de la pluviométrie. En effet, le potentiel agricole du Mali reste sous exploité en grande partie à cause de la sécheresse et d'une insuffisance de zones irriguées. Fort de son potentiel minier, les réserves aurifères du Mali jusqu'ici mises en évidence sont estimées à mille quatre-vingts (1080) tonnes d'or métal, dont six cents (600) tonnes déjà produites par les mines industrielles en opération⁴. Le Mali dispose également de réserves de Bauxite, de fer, de phosphate, de manganèse, d'uranium, de lithium.

³ Statistiques du Ministère des Mines au Mali.

⁴ *Ibid.*

Il pourrait également disposer de ressources pétrolières dans le nord, des bassins y sont en cours d'évaluation⁵. Les potentialités minières du Mali restent peu exploitées et mal valorisées en raison de multiples facteurs dont la continentalité du pays, la faiblesse de financements disponibles, l'insuffisance des infrastructures. C'est compte tenu de la sous exploitation des substances minérales du Mali que le *Cadre stratégique pour la croissance et la réduction de la pauvreté* (CSCR 2012-2017) a identifié le secteur minier comme l'un des moteurs centraux de la croissance économique au Mali⁶.

Au cours d'un atelier organisé par le ministère des Mines en partenariat avec le Fonds monétaire international (FMI) et portant sur la fiscalité minière et pétrolière, qui s'est tenu en juin 2014 à Bamako (Mali), il a été dévoilé qu'en 2013 le secteur minier a contribué à hauteur de deux cent dix-huit (218) milliards de francs CFA de ressources fiscales et parafiscales au Trésor public, constituant ainsi sept (7) % du PIB du pays et soixante-dix (70%) des recettes d'exportation. L'or constituerait ainsi un gros contributeur à la croissance économique qui génère vingt un (21) à vingt-huit (28%) des recettes fiscales⁷. La rente minière a fait rentrer presque mille deux cents (1200) milliards de francs CFA dans les caisses de l'État au cours des cinq dernières années sous forme d'impôts (62%), de droits de douane (18%) et de dividendes, de taxe ad valorem et de redevances superficielles (21%)⁸. Malgré l'importance de l'or pour

⁵ *Ibid.*

⁶ Statistiques du Ministère des Mines au Mali; voir aussi, Ministère de l'environnement, de l'assainissement et du développement durable, *Analyse économique du développement du secteur minier et des défis de la préservation de l'environnement et des ressources naturelles*, Projet Initiative – Pauvreté - Environnement du Mali, PNUE PNUD, Novembre 2015.

⁷ Mohamed Keita, « Politique de développement des secteurs miniers et pétroliers », 7eme édition des Journées minières et pétrolières du Mali, Bamako, 2017.

⁸ Statistiques du Ministère des Mines au Mali; voir aussi, Ministère de l'environnement, de l'assainissement et du développement durable, *Analyse économique du développement du secteur minier et des défis de la préservation de l'environnement et des ressources naturelles*, supra note 6.

l'économie nationale malienne, il ne brille pourtant pas pour les Maliens, 94% de l'or malien produit est exporté, le reste servant à la joaillerie locale. L'exploitation de l'or ne contribue pas à la satisfaction des droits économiques et sociaux au Mali⁹.

Si les politiques de développement économique du Mali visent à faire du secteur minier un moteur de développement, la protection des droits de l'homme ainsi que celle du développement durable apparaissent comme des enjeux secondaires dans les politiques et législations minières maliennes. Pour étayer notre propos, notre analyse a porté sur les réformes mises en place dans ce secteur de la période des indépendances à nos jours. Ce survol historique permet de comprendre que le Mali a hérité d'une tradition séculaire d'activités aurifères artisanales qui se basait sur l'orpaillage¹⁰. A cette époque, l'objectif était d'exploiter l'or pour subvenir aux besoins locaux et ne visait guère forcément son exportation à des fins commerciales¹¹. Bien que l'orpaillage survive, cette pratique aurifère malienne a été bouleversée avec l'exploitation industrielle à grande échelle. Les indépendances ont succédé à la domination coloniale ainsi qu'à l'affirmation du principe de la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles. Le monopole de l'État sur le secteur minier qui a caractérisé la période des indépendances n'a pas pu faire décoller ce secteur en proie à d'importantes difficultés de

⁹ Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), *L'exploitation minière et les droits de l'homme, Mission internationale d'enquête* supra note 1.

¹⁰ L'orpaillage est une pratique très ancienne au Mali, remontant à l'époque de l'empire du Mali. L'article 1^{er} du code minier malien de 2012 définit « l'orpaillage comme une activité consistant à récupérer l'or contenu dans les gites primaires, alluvionnaires et éluvionnaires et pouvant être pratiquée sous la forme artisanale ou mécanisée ». Il distingue ainsi l'orpaillage artisanal qui est la récupération de l'or par les procédés simples, (sans usage de produits chimiques) en utilisant des équipements rudimentaires de l'orpaillage mécanisé qui consiste en récupération de l'or par des procédés améliorés avec l'utilisation des machines et équipements. Voir aussi, Amadou Keita, « Orpaillage et accès aux ressources naturelles et foncières au Mali » (2017) Les Cahiers du CIRDIS Collection recherche, en ligne http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/cahier_cirdis_-_no2017_-_01.pdf, consulté le 15 novembre 2018.

¹¹ Seydou Keita, « Études sur les mines artisanales et les exploitations minières à petite échelle au Mali » (2001) 80 Mining, Minerals and sustainable Development MMSD, en ligne <http://pubs.iied.org/pdfs/G00727.pdf>, consulté le 24 novembre 2017.

financements. Il y a eu par la suite une ouverture du secteur minier au privé dans les années 1980. Cependant, cette ouverture n'a pas empêché l'écroulement de l'État malien sous les programmes d'ajustement structurels (PAS) imposés par la Banque Mondiale. La première mine industrielle ouverte durant cette période, plus précisément en 1984 a été un échec économique et fut dissoute en 1992.

Vinrent les premières réformes de libéralisation des activités minières au Mali entreprises avec l'appui des institutions financières internationales (IFI). Ces réformes ont contribué à une amélioration des flux d'IDE dans les mines sans pour autant faire des enjeux de protection d'intérêt général un cheval de bataille. L'esprit des réformes instituées avec le soutien des IFI en Afrique est bien résumé par Patricia Feeney :

L'objectif principal de l'intervention des donateurs dans le secteur minier africain que ce soit par le biais de l'assistance technique ou par le financement d'investissement devrait être de faciliter l'investissement privé et d'aider à réduire les risques reliés à la réalisation du projet pour l'investisseur privé¹².

Il en résulte que la philosophie qui sous-tend l'appui des IFI au secteur minier en Afrique vise davantage à promouvoir l'investissement international et à protéger l'investisseur étranger. Elle n'avait pas pour vocation de mettre les populations africaines au cœur des stratégies de développement. Leur soutien à l'industrie extractive africaine s'est soldé par une accentuation de la prééminence des entreprises transnationales dans le secteur minier sur l'État. Cela expliquerait les vives controverses dont l'intervention des IFI dans le secteur minier en Afrique

¹² Patricia Feeney, « The human rights implications of Zambia's privatisation programme » dans Micheal K Addo (ed), Human rights standards and the responsibility of transnational corporations, Kluwer law international, Great Britain, 1999, p.326.

a fait l'objet en ce qui concerne leur légitimité et leur efficacité quant aux enjeux de développement durable¹³. L'exemple ghanéen est l'illustration par excellence de la subordination des droits économiques et sociaux des populations aux intérêts économiques privés de l'investisseur du fait de la politique de libéralisation qui y a été soutenue en l'absence de protection adéquate de l'intérêt général. Selon un rapport de *First information and action network (FIAN)*, « les régions de Tarkwa et de Wassa au Ghana connaissent des conséquences environnementales et sociales dramatiques en raison de la libéralisation promue. Malgré le dynamisme du secteur minier ghanéen, il a entraîné peu d'effet sur l'économie nationale »¹⁴.

Grâce aux réformes instituées par les IFI en Afrique, les politiques incitatives à l'égard de l'IDE sont devenues un mécanisme privilégié par les pays africains en vue d'attirer les investisseurs étrangers sur leurs territoires. Continent riche en ressources naturelles, il demeure le plus pauvre en termes d'indice de développement humain¹⁵. Ce constat est paradoxal et sa perpétuation depuis des décennies devient presque scandaleuse. Le secteur des ressources naturelles était censé constituer le moteur du développement en Afrique. Cependant, l'industrie extractive africaine ne s'arrime pas encore avec « l'amélioration des conditions de vie des populations, prélude à la jouissance effective des droits de la personne »¹⁶. Bien au contraire, ce

¹³ Marie Mazalto, « La réforme des législations minières en Afrique et le rôle des institutions financières internationales : La République démocratique du Congo » dans Bonnie Campbell, *Enjeux des nouvelles législations minières en Afrique*, Document de recherche 3, Uppsala, Nordic Africa Institute, 2004.

¹⁴ Thomas M Akabzaa, *Boom and dislocation, the environmental and social impact of mining in the Wassa west district of Ghana*, Africa, third world network, 2000, p. 20; B. N. A Aryee, « Ghana's mining sector: its contribution to the national economy » (2001): 27 *ressources policy*, p.61-75; *First information and action network (FIAN)*, Preliminary report of human rights fact- finding mission, FIAN, Avril 2000, p.2.

¹⁵ Atlas des populations et pays du monde, <https://www.populationdata.net/palmares/idh/afrique/>. L'Afrique subsaharienne détient l'IDH le plus faible en 2015, 0.537 tandis que les pays membres de l'OCDE sont à 0.895.

¹⁶ Pacifique Manirakiza, « La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique » (2016) 49 : 2 *Criminalité environnementale*, en ligne <https://www.erudit.org/fr/revues/crimino/2016-v49-n2-crimino02877/1038419ar.pdf>.

secteur donne lieu à des violations multiformes des droits de l'homme et engendre des externalités négatives sur le plan environnemental et social. La *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* consacre en son article 24 que « tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement »¹⁷. Le droit à un environnement sain et l'importance de l'environnement se justifient à bien des égards par le lien qu'il entretient avec la sécurité alimentaire¹⁸. Plus des trois quart (3/4) de la population des États africains dépendent directement des terres pour se nourrir. La réduction et la contamination des terres arables ainsi que la dégradation de l'environnement posent de nombreux défis à l'exploitation minière¹⁹. Au Nigéria, les activités de Shell ont causé une catastrophe écologique qui a compromis les moyens de subsistance des populations en raison de la contamination des sols cultivables et des nappes phréatiques. De même, les rivières Sere, Rukuru et Chapvasha au Malawi, contiennent des niveaux de radiation très élevés du fait de la mine d'extraction de l'uranium de Kayelekera. En Guinée Conakry, l'extraction du minerai de bauxite de Sangaredi dans les puits à ciel ouvert a nécessité la suppression de la végétation et de la couche arable²⁰.

Il faudrait noter que la mondialisation de l'économie a également largement contribué à la marginalisation des préoccupations d'intérêt général des pays en voie de développement (PED), en l'occurrence africains. Qui dit mondialisation parle d'ouverture des frontières, de libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux favorisant une

¹⁷ Article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, en ligne, http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/achpr_instr_charter_fra.pdf.

¹⁸ Pacifique Manirakiza «La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique », supra note 14.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

interdépendance entre les économies²¹. Elle a largement influencé le domaine de l'IDE qui est rapidement passé d'une logique nationaliste à une approche plus libérale dans les PED. La logique libérale vise à promouvoir l'IDE et en assurer la protection. La promotion de l'investissement direct étranger (IDE) vise d'une part, à proposer à l'investisseur étranger des mesures incitatives en vue de rentabiliser son opération d'investissement et d'autre part, à fournir un environnement juridique et judiciaire stable pour sécuriser cet investissement²². Quant à la protection des investissements internationaux, elle vise à sanctionner les atteintes ou abus à l'IDE de la part de l'État d'accueil et englobe les problèmes de nationalisations et d'expropriation²³. Cette notion de protection de l'IDE²⁴ ne semble plus d'actualité en ce sens que la tendance n'est plus aux mesures protectionnistes, mais plutôt aux transferts du secteur public vers le privé. Néanmoins, la multiplication des pratiques d'expropriation indirecte justifierait le maintien des clauses de protection de l'IDE dans les Traités Bilatéraux

²¹ Travaux de l'Association Henri Capitant, *La mondialisation*, Journées Allemandes, Bruxelles, Bruylant, 2017; voir aussi, Charles Albert Michalet, *Mondialisation, la grande rupture*, Paris, Découverte, 2009.

²² Charles Leben, Éric Loquin et Mahmoud Salem, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000; Jean-Pierre Laviec, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, Paris, 1^{ère} éd, Presses universitaires de France, 1985; Charles Oman, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers? : une étude de la concurrence entre gouvernements*, OCDE, Paris, 2000; Charles Albert Michalet, *La séduction des nations, ou, Comment attirer les investissements*, Paris, Economica, 1999; Charles Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, Paris, 2006; Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Paris, A. Pedone, 2017; Mathieu Arès et Éric Boulanger, *L'investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

²³ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2017.

²⁴ Sur la notion de protection des IDE, Peter Schaufelberger, *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement: étude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)*, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1993; Jan Schokkaert, *La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux: droit comparé, droit interne, conventions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2006; Ferhat Horchani, *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*, Paris, Université Tunis El Manar Laboratoire Droit des relations internationales, Pedone, 2006; Ferhat Horchani, *Le CIRDI : 45 ans après, bilan d'un système, Actes du colloque organisé à Tunis les 11, 12 et 13 mars 2010*, Paris, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Editions APedone, 2011.

d'Investissement (TBI) et dans les contrats d'État ainsi que les différents codes d'investissements des États d'accueil.

La mondialisation de l'économie a d'un autre côté, favorisé l'érosion de la souveraineté des États en voie de développement et de leurs capacités à assurer la mise en œuvre des obligations en matière de protection des droits de l'homme. Les entreprises multinationales²⁵ voire transnationales ont ainsi été propulsées au-devant de la scène pour devenir les principaux vecteurs de la mondialisation. Des rapports de forces inégaux se sont rapidement forgés entre entreprises transnationales et État en voie de développement, notamment, les États africains. Force est de reconnaître l'asymétrie de pouvoirs entre États en développement et États développés dans le cadre des Traités bilatéraux d'investissement (TBI) d'une part et d'autre part, dans les contrats dits de développement économique conclus entre les États en développement et les entreprises transnationales. Le déséquilibre congénital de la voie conventionnelle à l'échelle internationale est reproduit dans le cadre contractuel national. Le postulat de la réciprocité qui guide la ratification des TBI n'est que de façade et insiste davantage sur des mesures promotrices et protectrices de l'investissement ainsi que de l'investisseur au détriment des préoccupations d'intérêt général de l'État. Ces différents facteurs ont contribué à restreindre la marge de manœuvre de l'État aux prises avec l'omnipotence des entreprises

²⁵ « Il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. Une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à une autre ». Cette définition est tirée de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE), *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, OCDE, 2011, aux p. 19 à 20. Voir aussi, celle donnée par Jean Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 6ème édition, Québec, Yvon Blais, 2012, p. 91. « La société transnationale est une entreprise qui est composée d'entités économiques qui opèrent dans deux ou plusieurs autres pays selon un système de prise de décisions permettant l'adoption de politiques cohérentes et de stratégies communes, entités qui sont liées entre elles par des liens de propriété ou autres, de telle façon que l'une ou plusieurs d'entre elles puissent exercer une influence importante sur les activités des autres ».

transnationales. Cette situation d'asymétrie de pouvoirs est d'autant plus inacceptable dans le secteur des ressources naturelles qui est au cœur des politiques de développement économique des États en voie de développement.

Le droit international des investissements a été fondé essentiellement pour assurer la protection de l'investisseur quant aux abus dont il pourrait être victime de la part de l'État²⁶. C'est la raison pour laquelle la plupart des traités d'investissement restent quasiment muets sur les enjeux de protection des droits humains²⁷. Les préoccupations d'intérêt général en termes de DD et de protection des droits de l'homme des États y apparaissent dès lors comme des dimensions secondaires. La question de la sauvegarde de l'intérêt général reste pourtant prégnante en droit international des investissements. En ce sens, elle peut revêtir les problématiques liées aux droits de l'homme, aux préoccupations environnementales et des communautés locales ainsi que des enjeux de développement durable²⁸. L'intérêt général apparaît ainsi comme une notion fondamentale en droit international des investissements pour départager les intérêts privés de ceux publics. En effet, ce concept oscille entre conception

²⁶ Marie-Claude Lévesque, *Investissement direct étranger, souveraineté nationale et développement : l'exploitation et le commerce du cuivre au Chili*, Cowansville, Yvon Blais, 2012; Cordula A Meckenstock, *Investment protection and human rights regulation : two aims in a relationship of solvable tension*, 1. ed., Baden- Baden, Nomos, 2010; Sabrina Cuendet- Robert, *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010; Arès Mathieu et Éric Boulanger, *L'investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, supra note 5; Meckenstock A Cordula, *Investment protection and human rights regulation : two aims in a relationship of solvable tension*, 1 ed., Baden-Baden, Nomos, 2010.

²⁷ Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni et Ernst-Ulrich Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

²⁸ Rémi Bachand, Martin Gallie et Stephanie Rousseau, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques » (2003) : 2 Annuaire de droit international, pp. 575-610; Rainer Geiger, « Investissement et développement : une approche multilatérale » Dans Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009, aux p. 33-48; Ferhat Horchani, « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissement », Dans Jean Marc Sorel, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Cahiers internationaux, Pedone, 2009, p. 49-80.

volontariste et utilitariste et cela se reflète également dans les règles régissant les investissements internationaux. Tantôt ce sont les préoccupations des investisseurs étrangers qui prédominent sur celles des États hôtes et tantôt c'est l'inverse. Toute l'histoire du droit international des investissements est ponctuée par cet antagonisme.

Les enjeux de promotion et de protection de l'investisseur étranger sont devenus prioritaires sur ceux d'intérêt général avec la mondialisation et son corollaire de mobilité des capitaux étrangers. Les législations minières maliennes voire africaines reflètent également une marginalisation des préoccupations d'intérêt général. Les législations d'investissement dans l'espace OHADA minimisent les priorités nationales de développement en termes de contenu local, de création d'emplois ou encore de liens étroits avec le reste de l'économie nationale. Des préoccupations non économiques relatives à la protection de l'environnement ainsi que celles relatives aux droits des communautés locales sont majoritairement sacrifiées au profit des maigres ressources collectées par les pouvoirs publics. Cela s'avère particulièrement crucial dans l'optique de l'investissement minier qui représente une part considérable des investissements internationaux dans l'espace OHADA. La responsabilité incombe donc aux États membres de l'OHADA de préserver l'intérêt général de leurs populations en remédiant à cette catastrophe économique et écologique.

Les enjeux de cette recherche visent à mettre en exergue la nécessité d'un rééquilibrage du régime juridique applicable à l'IDE dans le secteur minier au Mali et de manière plus générale, dans l'espace OHADA. Il est vrai que la jurisprudence arbitrale a commencé à reconnaître cette nécessité d'équilibrer les rapports entre pouvoirs de l'État et droits des investisseurs, car elle s'intéresse de plus en plus aux questions d'intérêt général. Néanmoins, il ne semble pas se dégager de la jurisprudence internationale, une tendance générale d'un

traitement uniforme de ces problématiques. De nombreuses affaires retentissantes font état d'une jurisprudence éclatée²⁹ qui ne semble pas prendre la pleine mesure de la protection de l'intérêt général, notamment, dans les pays en développement. Les interventions étatiques ont été très souvent qualifiées d'expropriatrices dans la mesure où elles influent négativement sur les attentes économiques des investisseurs étrangers.

De manière générale, on a pu observer qu'en droit international de l'investissement, les acteurs étatiques ont souvent légiféré de manière réactive face aux enjeux variés que pose ce droit. C'est en particulier le cas dans le domaine de la protection de l'environnement, où les États ont dû légiférer consécutivement aux décisions jurisprudentielles défavorables. En effet, plusieurs sentences arbitrales ont semblé sanctionner le recours des États à leur pouvoir de réglementation pour faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts privés³⁰. De la même manière, si les États hôtes de l'investissement en général et les pays en voie de développement en particulier légifèrent de manière claire et préventive dans les domaines touchant à leur intérêt général, leur politique de promotion des investissements internationaux ne sera pas assez attractive aux yeux des entreprises multinationales³¹. C'est un véritable dilemme cornélien auquel les États d'accueil de l'IDE sont confrontés, spécifiquement ceux en voie de développement. Étant donné l'importance de l'investissement minier dans les économies

²⁹ *Glamis Gold, Ltd. c États-Unis d'Amérique* (2009) sentence CNUDCI; *SAUR International SA c Argentine, CIRDI* (2016) ARB/04/4 CIRDI; *Parkerings Companiet AS c Lituanie* (2007) ARB/05/8, §362 CIRDI; *Methanex Corporation c États-Unis d'Amérique* (2005) CNUDCI.

³⁰ *SD Myers c Canada* (2000) Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI), décision consultable sur le site <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/SDM.aspx?lang=fra>; Voir aussi, Rémi Bachand, « SD Myers et les leçons du droit international » (2002) Observatoire des Amériques, en ligne, http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Chro_IMP1.pdf, consulté le 01 mars 2018; *MetalClad Corporation c États-Unis du Mexique* (2000) ARB (AF)/97/1 CIRDI; *Antoine GOETZ et autres c République du Burundi* (2012) ARB/01/2 Sentence du CIRDI; *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA c Mexique* (2003) ARB (AF) 00/2 CIRDI. ³¹ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, supra note 23.

africaines, la perpétuation d'un tel régime amenuise la capacité des États à renforcer leurs cadres normatifs en matière d'IDE³².

Les paramètres du sujet étant ainsi posés, la question principale de cette recherche est ainsi formulée : dans quelle mesure le régime juridique de l'IDE en vigueur dans l'exploitation minière au Mali protège-t-il adéquatement l'intérêt général? Autrement dit, la thèse tentera de vérifier la possibilité d'explorer des pistes de réflexion susceptibles, le cas échéant, de préconiser des modalités d'une meilleure prise en compte de l'intérêt général dans le cadre de l'exploitation minière au Mali.

A ce stade de la réflexion, il apparaît que la protection de l'intérêt général dans la réglementation de l'IDE dans le domaine de l'exploitation minière au Mali reste perfectible. Si les règles applicables en matière d'IDE au Mali apparaissent comme un système de droit organisé et structuré, la protection de l'intérêt général ne semble pas y occuper une place de choix. Du moins, l'objectif visé dans la présente étude sera d'abord de mettre en lumière le décalage existant au Mali entre l'évolution conceptuelle de la notion d'intérêt général et le droit positif au Mali. Ainsi, nous mettrons en relief la marginalisation observable des préoccupations d'intérêt général, lesquelles se sont éclipsées au profit de la promotion du développement minier. L'objectif de développement durable affiché dans les politiques minières ne se matérialisent pas non plus dans les règles en vigueur au Mali en matière d'IDE³³. Dans la même optique, l'obligation pour l'État malien de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits de l'homme ne se reflète pas dans les réalités des exploitations minières en dépit de la ratification

³² Anaclét Nzohabonayo, *Intérêt général des pays en voie de développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement*, Thèse de doctorat, Université d'Ottawa, 2014.

³³ Article 2 de la loi n° 2012 – 015 du 27 Février 2012 portant Code minier du MALI.

de nombreux instruments internationaux en matière de droits humains par le Mali. De même que la constitution malienne dont le préambule³⁴ réaffirme la souscription de l'État malien à la *Déclaration Universelle des droits de l'homme* du 10 Décembre 1948³⁵ et à la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* du 27 Juin 1981³⁶.

La démarche adoptée dans le cadre de cette thèse s'inscrit dans le positivisme juridique. Il s'agira pour nous, avant tout, de focaliser l'attention sur l'étude des instruments juridiques en vigueur au Mali en matière d'IDE dans le secteur minier ainsi que sur la jurisprudence internationale, conformément à l'idée de Hans Kelsen selon laquelle, le positivisme juridique s'entend comme « toute règle qui est établie par l'autorité sociale compétente, en particulier l'autorité étatique »³⁷. Toutefois, on ne saurait limiter la réflexion à une démarche exclusivement positiviste étant donné les considérations économiques, politiques et socio- culturelles importantes que pose la question de l'exploitation minière. De cette manière, l'État n'est ni la seule autorité régulatrice et la norme étatique n'apparaît pas comme étant la référence absolue, d'où la nécessité d'inscrire la présente analyse dans une démarche pluraliste³⁸.

La théorie du pluralisme juridique repose sur « la remise en cause de la prétention de l'État au monopole de la production du droit »³⁹. L'on qualifierait ainsi de pluraliste, « toute

³⁴ Décret N°92-073 P – CTSP du 25 Février 1992 portant Constitution du MALI.

³⁵ *Déclaration Universelle des droits de l'homme*, Res. AG 2017 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., sip. N. 13, Doc. Nu A/810 (1948) 71 (10 décembre 1948).

³⁶ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 26 Juin 1981, 1520 R.T.N.U. 217, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 Rév.5, entrée en vigueur le 21 Octobre 1986. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été ratifié par le Mali en 1966; Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a été ratifié en 1974; la Charte africaine des droits de l'homme ratifié en 1981.

³⁷ Fabien Gouttefarde, « Positivisme juridique et Modernité » (2007) 37 : 1 Revue générale de droit, p. 19.

³⁸ Boris Barraud, *Théorie du droit et pluralisme juridique*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2016; Ghislain Otis, *La méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012.

³⁹ Ghislain Otis, *Méthodologie du pluralisme juridique*, supra note 39, p.9.

situation où une pluralité d'ordres juridiques coexiste simultanément que ce soit ou non à l'intérieur de la sphère étatique »⁴⁰. C'est la reconnaissance de cette pluralité qui fonde le cadre théorique du pluralisme juridique dont la finalité ultime n'est pas de trancher les conflits de normes en vérifiant les hiérarchies normatives. L'objectif principal est de « trancher les conflits normatifs en identifiant quelles procédures, institutions et pratiques contribueraient le mieux à reconstruire le tissu social »⁴¹. Le respect de la hiérarchie des normes, tel qu'établi par Hans Kelsen, n'en constitue pas un élément central quant à la résolution d'un problème juridique. Sousa Dos Santos affirmait que « le pluralisme juridique est le concept clef d'une conception post moderne du droit. Non pas par le pluralisme juridique des sociétés traditionnelles de l'anthropologie juridique dans lequel les différents ordres juridiques sont conçus comme des entités séparées coexistant dans le même espace politique, mais un pluralisme juridique conçu comme différents espaces juridiques superposés, interpénétrés et mélangés, autant dans nos esprits que dans nos actions juridiques »⁴².

La théorie du pluralisme juridique fait ainsi ressortir la pluralité des ordres normatifs et la dynamique de leur inter-influence. L'idée qui en résulte est qu'il « existe plusieurs ordres juridiques, irréductibles les uns aux autres, [...] tous ces ordres juridiques nouant entre eux diverses relations, ou refusant d'en nouer »⁴³. Jacques Vanderlinden définissait le pluralisme

⁴⁰ Michel Van de Kerchove, « les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture » dans Jean Louis Bergel, *Le plurijuridisme*, Aix en Provence, PUAM, 2003, p.39.

⁴¹ Nelson Arturo Ovalle Diaz, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, Thèse de doctorat, Université D'Ottawa, 2015.

⁴² Sousa Santos, « Law: a map of misreading, toward a post-modern conception of law » (1989) 14: 3 *Journal of law and society*, p. 298.

⁴³ Didier Boden, « Le pluralisme juridique en droit international privé » (2006) 49 *Le pluralisme ADP*, p.275-316, p.277.

juridique comme « l'existence au sein d'une situation déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »⁴⁴.

Dans le cadre de cette thèse, nous avons ainsi fait recours à d'autres normativités, telles que les normes de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) pour mieux prendre la mesure des enjeux liés aux investissements étrangers dans le secteur minier au Mali. Les normes de RSE détiennent un potentiel de régulation qui peut contribuer à une meilleure protection de l'intérêt général par les États. En faisant cohabiter des normes de *soft law* et de *hard law*, il est possible de dégager un encadrement efficace et effectif visant une meilleure protection de l'intérêt général. L'idée défendue dans la présente étude est celle d'un rééquilibrage des droits et des intérêts entre les deux principaux protagonistes en matière d'IDE que sont les États et les entreprises transnationales. Ce rééquilibrage passe par la cohabitation de différentes normativités. Dans le domaine des industries extractives, le régime juridique de l'IDE résulte de cet enchevêtrement normatif. Bien plus, les pistes de réflexion préconisées dans cette thèse portent sur une réforme du droit de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), un cadre hautement propice au pluralisme juridique, où se côtoient des droits étatiques, des droits coutumiers et des pratiques d'affaires internationales reconnues⁴⁵. À cet égard, le droit OHADA se juxtapose à des pratiques informelles représentant plus de 70 % de l'économie dans la majorité de ses États membres⁴⁶. Gaudreault Des Biens note à ce propos que « l'occultation du pluralisme juridique est peut-être en effet une excellente recette pour miner l'effectivité et l'efficacité des stratégies d'harmonisation dans l'espace

⁴⁴ Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle définition du pluralisme juridique » (1993) 2 RRJ p. 573.

⁴⁵ Abdoullah Cissé, « La pluralité juridique et le droit OHADA » Dans Ghislain Otis, supra note 41.

⁴⁶ *Ibid*, p.190.

OHADA »⁴⁷. Aucune réforme en matière d'investissement ne saurait être efficace sans tenir compte des réalités sociales des populations concernées.

En tenant compte de ces réalités sociales et en s'inspirant de droits étrangers tout en inscrivant notre réflexion dans la sociologie juridique⁴⁸, il nous sera plus facile de mieux appréhender la double dimension juridique et sociologique des propositions suggérées⁴⁹. L'équilibre des intérêts postulé ici passe par l'octroi d'une marge de manœuvre nécessaire à l'État pour faire face aux enjeux de protection de l'intérêt général. A cet égard, les initiatives de RSE qui constituent des mécanismes supplémentaires dans le cadre des industries extractives, ont été perçues comme un complément utile aux législations minières au Mali. Par exemple, certaines normes de RSE en matière de système de gestion environnementale et de déplacements de populations prévues par la Banque Mondiale se sont révélées plus protectrices des préoccupations des communautés locales que les dispositions minières nationales⁵⁰. L'État a même codifié les actions de développement communautaire mises en place par les entreprises

⁴⁷ Jean François Gaudreault Des Biens, « De la pertinence relative de la dichotomie droit civil / *common law* dans la réflexion sur les Rapports entre le droit comparé, le droit du développement et le droit vivant, quelques observations à partir du cas de l'Afrique », Colloque-le face à face droit civil *common law* en droit des affaires : cas du Canada, de l'Afrique et du monde arabe, Montréal 2013.

⁴⁸ Pierre Lascoumes, « Effectivité » Dans André Jean Arnaud, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ et Story-scientia, 1988.

⁴⁹ François Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit » Dans les usages sociaux du droit, Paris, PUF, 1989, p.126.

⁵⁰ Les objectifs de la politique de sauvegarde PO. 4.12 involuntary resettlement précisent que « involuntary resettlement may cause severe long-term hardship, impoverishment, and environmental damage unless appropriate measures are carefully planned and carried out. For these reasons, the overall objectives of the Bank's policy on involuntary resettlement are the following: (a) Involuntary resettlement should be avoided where feasible, or minimized, exploring all viable alternative project designs. (b) Where it is not feasible to avoid resettlement, resettlement activities should be conceived and executed as sustainable development programs, providing sufficient investment resources to enable the persons displaced by the project to share in project benefits. Displaced persons should be meaningfully consulted and should have opportunities to participate in planning and implementing resettlement programs. (c) Displaced persons should be assisted in their efforts to improve their livelihoods and standards of living or at least to restore them, in real terms, to pre-displacement levels or to levels prevailing prior to the beginning of project implementation, whichever is higher. Voir en ligne <https://policies.worldbank.org/sites/ppf3/PPFDocuments/090224b0822f89db.pdf>.

minières au profit des communautés locales situées proches des sites miniers. Avec le code minier de 2012, ces initiatives de développement communautaire ont été érigées en obligations juridiques dans le but d'amener les entreprises minières à mieux contribuer au développement durable des populations locales. Il faut dire que le recours aux normes de RSE dans le domaine extractif est de plus en plus courant à l'échelle internationale. Toutefois, leur mise en œuvre pose de nombreux défis quant à la protection de l'intérêt général. Le développement des pratiques de RSE n'a pas occulté la question de l'asymétrie des pouvoirs entre État malien et entreprises transnationales. De plus, la contribution des initiatives de RSE au développement durable des populations locales ainsi que des collectivités régionales reste faible de manière générale et plus particulièrement dans le contexte minier au Mali. La nécessité de l'encadrement de l'État et de son intervention se pose désormais, couplée à l'exigence de conformité et de vérification entre ce qui est réalisé par les entreprises minières sur le terrain et les objectifs de protection de l'intérêt général. Si l'État malien tente d'intervenir tant bien que mal, la question de l'effectivité des initiatives de RSE reste entière.

Les faiblesses du régime juridique malien de l'IDE dans le secteur minier pour tenir efficacement compte de l'intérêt général et la portée juridique limitée des initiatives de RSE au Mali ne favorisent pas l'émergence d'un système juridique qui équilibre promotion, protection de l'IDE et sauvegarde de l'intérêt général. Pour remédier à la faible protection de l'intérêt général dans le secteur minier, il faudrait passer par une politique d'équilibre dans le régime juridique de l'investissement international. À cette fin, la présente étude explore la possibilité d'une réforme du droit de l'OHADA qui intégrerait de manière formelle l'IDE et développerait un cadre juridique communautaire adapté au secteur minier et prompt à mieux faire face aux enjeux de protection de l'intérêt général dans le secteur minier malien et au-delà. La

vocation régionale de ce droit, son mode de régulation des activités économiques et la portée juridique des normes qui en résultent sont autant d'atouts susceptibles de favoriser l'émergence d'un cadre juridique cohérent, uniforme et efficace en matière d'IDE tout en réduisant l'asymétrie des pouvoirs entre les États africains et les investisseurs étrangers que sont les grandes entreprises multinationales. En s'inspirant de modèles éprouvés à l'étranger (Union européenne ou pratiques développées dans les accords économiques de nouvelle génération), il est possible d'optimiser les potentiels de régulation offerts par l'OHADA pour faire éclore un cadre juridique des IDE plus propice au développement économique et durable des pays membres de l'OHADA.

Nous mènerons cette réflexion autour d'un plan bipartite. La première partie de notre analyse tentera d'appréhender la notion même d'intérêt général dans le but de mieux comprendre dans quelle mesure la protection de l'intérêt général constitue un défi pour le cadre juridique malien des investissements miniers. De cette réflexion, nous envisagerons dans une deuxième partie l'étude des mécanismes par lesquels il est possible de mettre en œuvre au Mali et dans l'ensemble des pays membres de l'OHADA, une politique d'équilibre entre promotion, protection de l'investissement international et sauvegarde de l'intérêt général.

PRÉMIÈRE PARTIE : PROTÉGER L'INTÉRÊT GÉNÉRAL, UN DÉFI POUR LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'INVESTISSEMENT MINIER MALIEN

Cette partie a pour objectif de dresser un état des lieux de la protection de l'intérêt général dans la réglementation de l'investissement minier malien (Chapitre 2). Cet état des lieux nous permettrait de comprendre la place marginale des préoccupations d'intérêt général dans le régime juridique minier au Mali. Au préalable, nous tenterons de comprendre la notion d'intérêt général elle-même qui est au cœur de cette recherche. Si la notion a fait son chemin au cours des dernières décennies, son appréhension n'est pas aisée. Notion ambiguë pour ne pas dire insaisissable, l'intérêt général constitue le point d'équilibre entre intérêt privé et intérêt public. Cette recherche d'équilibre se manifeste également dans la discipline du droit international des investissements dont les principaux protagonistes ont des intérêts divergents. L'appréhension (du moins une tentative) de la notion d'intérêt général ainsi que de sa teneur en droit international des investissements (chapitre 1) nous permettrait de mieux faire ressortir ses interactions avec le secteur minier au Mali.

CHAPITRE I : L'INTÉRÊT GÉNÉRAL EN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Les investissements internationaux bénéficient d'un cadre juridique dans lequel les investisseurs étrangers jouissent d'une certaine protection⁵¹ et garantie⁵² dans les pays d'accueil. Ces prérogatives qui leur sont accordées sont le fruit d'un processus qui s'est bâti sur de longues années et qui s'est justifié entre autres par les manquements des États à leurs engagements conventionnels et contractuels en matière d'investissement⁵³. Avec la mondialisation et la mobilité de plus en plus croissante des investissements internationaux, « les politiques d'investissements des États d'accueil n'ont plus pour objet de contrôler les investissements ou de leur imposer des obligations comme c'était le cas avant les années 1980, mais d'arbitrer entre deux types d'exigences :

⁵¹Rudolf Dolzer, *Principles of international investment law*, supra note 5; Andrea K Bjorklund, August Reinisch et Edward Elgar Publishing, *International investment law and soft law*, coll Elgaronline, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2012; Jean-Pierre Laviee, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, supra note 5; Muthucumarswamy Sornarajah, *The international law on foreign investment*, 3rd ed., coll MyiLibrary, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Mārtiņš Pāparinskis, *Basic documents on international investment protection*, coll Documents in international law, Oxford, Hart Publishing, 2012; Stéphane Bonomo, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012; Jan Schokkaert, *La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux : droit comparé, droit interne, conventions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

⁵²Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, supra note 23; McLachlan Campbell, *International investment arbitration : substantive principles*, Toronto, Oxford University Press, 2007; Dieudonné Edouard Onguene Onana, *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements: les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruxelles, Bruylant, 2012; Christopher F Dugan, *Investor- state arbitration*, New York, Oxford University Press, 2008; Charles Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Paris, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006.

⁵³ Patrick Juillard, « l'évolution des sources du droit des investissements » (1994) VI: 250 RCDI P. 21-36.

L'intégration compétitive dans les grands courants économiques internationaux d'une part et l'insertion des activités étrangères dans le tissu économique national d'autre part⁵⁴.

L'on comprendrait dès lors que les États sont confrontés à des ambivalences qui se justifieraient, d'un côté, par une politique de promotion de l'investissement étranger compétitive, voire agressive. De l'autre, ils doivent faire face aux enjeux de la protection de l'intérêt général. Celle-ci nécessite de la part des États hôtes d'investissement de définir des règles et des stratégies leur permettant de déterminer le bien-être de leurs populations. Entre liberté économique et régulation des marchés d'une part, entre droits et devoirs économiques des entreprises d'autre part, partout, les États sont à la recherche de compromis⁵⁵. Dans cette perspective, les États doivent non seulement travailler à préserver les préoccupations d'intérêt général tout en respectant le principe de la liberté de circulation des capitaux et ses corollaires de promotion ainsi que de protection de l'investissement international. L'arbitrage entre ces deux types d'impératifs est un véritable défi qui nécessite la poursuite d'une politique d'équilibre. Or, l'état actuel du droit international de l'investissement met en place un régime jugé plutôt favorable aux entreprises multinationales. C'est à cet égard que l'analyse de la question d'intérêt général en droit international de l'investissement ainsi que sa protection apparaissent incontournables pour départager les intérêts privés de ceux publics. Il s'agira dès lors pour nous de comprendre ce que recouvre la notion d'intérêt général en droit (section 1) de manière générale avant de nous appesantir sur son émergence en droit international de l'investissement (section 2).

⁵⁴ Éric Boulanger et Mathieu Arès, *L'investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, supra note 21 à la p 3.

⁵⁵ *Ibid.*

Section 1 : La notion d'intérêt général en droit

L'intérêt général n'est pas un phénomène nouveau en droit, bien au contraire son histoire remonte au XVIII^e siècle et relève principalement de deux conceptions (Paragraphe 1). L'expression intérêt général demeure toutefois une notion floue, dont le contenu reste difficile à déterminer, changeant en fonction des lieux, des époques et de l'évolution de la société. Malgré ce contenu insaisissable qui lui donne une certaine flexibilité, la notion d'intérêt général mériterait une certaine conceptualisation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'intérêt général, entre approche volontariste et utilitariste

La notion d'intérêt général oscille entre deux conceptions différentes : une qualifiée de volontariste,⁵⁶ car émanant de l'expression d'une volonté générale (A) et l'autre utilitariste⁵⁷ qui se justifie par la somme des intérêts particuliers composant une société (B).

A- La conception volontariste de l'intérêt général

L'approche volontariste de la notion d'intérêt général est appréhendée comme « l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui

⁵⁶ Selon cette conception volontariste, l'intérêt général ne résulte pas de la somme des intérêts particuliers. Au contraire, l'existence des intérêts particuliers ne peut que nuire à l'intérêt général qui, dépassant chaque individu, est en quelque sorte l'émanation de la volonté de la collectivité des citoyens en tant que telle. La réalisation de l'intérêt général relève, en conséquence de la mission de l'État. Cette conception a été exprimée par Jean Jacques Rousseau dans *son ouvrage* le contrat social, en ligne, [http : www.gallica.bnf.fr](http://www.gallica.bnf.fr), consulté le 21 Mai 2015.

⁵⁷ On retrouve les origines intellectuelles de la conception utilitariste chez Adam Smith, qui publia un ouvrage sur la recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations durant l'année 1776. Adam Smith soutient que si chaque individu recherche son propre bénéfice, ce faisant, il agit à son insu pour le bien de l'ensemble de la société. Le texte de ce classique de l'économie moderne est disponible sur : www.classique.uqac.ca, consulté le 18 octobre 2015.

s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers »⁵⁸. Cette conception affirme que « l'existence et la manifestation des intérêts particuliers ne peuvent que nuire à l'intérêt général qui, dépassant chaque individu, est en quelque sorte l'émanation de la volonté de la collectivité des citoyens en tant que telle »⁵⁹. Cette approche volontariste de l'intérêt général émane du « Contrat social » de Jean-Jacques Rousseau⁶⁰, qui a profondément marqué le système juridique et institutionnel français. Elle est plus proche de la tradition républicaine française, qui insiste « sur la capacité des individus à dépasser leurs appartenances et leurs intérêts propres pour exercer la suprême liberté de former ensemble une société politique »⁶¹. Cela confère à l'État la mission de poursuivre des objectifs qui s'imposent à l'ensemble des individus au-delà de leurs intérêts particuliers. L'approche volontariste met l'accent sur le rôle de l'État dans la réalisation de l'intérêt général.

Ainsi, l'intérêt général s'identifie avec la mission de l'État et son histoire est plus étroitement liée à la construction de l'État moderne. Au XIXe siècle, il va constituer un élément clé en droit public français en se fondant sur trois piliers : L'État-Nation⁶², la Souveraineté de

⁵⁸Site internet du Conseil d'État français, <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html>, consulté le 22 décembre 2015.

⁵⁹<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/approfondissements/interet-general-interets-particuliers.html>, consulté le 22 décembre 2015.

⁶⁰Jean Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Paris, Le livre de Poche, 1996, consultable en ligne, <http://www.rousseauonline.ch/pdf/rousseauonline-0004.pdf>, consulté le 02 février 2016.

⁶¹ Site internet du conseil d'état français, <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html>, consulté le 25 décembre 2015.

⁶² On appelle État-Nation, un État qui coïncide avec une Nation établie sur un territoire délimité et définie en fonction d'une identité commune de la population qui lui confère sa légitimité. C'est un concept politique qui est la rencontre d'une notion d'ordre politique et juridique (l'État) et d'une notion d'ordre identitaire (la nation). Il se caractérise par une autorité fondée sur une souveraineté émanant de citoyens qui forment une communauté à la fois politique et culturelle, voir en ligne, <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Etat-nation.htm>, consulté le 05 janvier 2016.

l'État⁶³ et l'autorité administrative sur la société civile⁶⁴. L'intérêt général va donc se définir comme l'intérêt de la Nation, incarné par l'État et par ses représentants, et mis en œuvre par l'administration⁶⁵. Il se reconnaît dans l'État qui a pour rôle de défendre l'intérêt de la collectivité entière. L'intérêt général devient alors le fondement du droit public français ainsi que la pierre angulaire de l'action publique⁶⁶. Il fédère les intérêts fondamentaux d'une société selon un cadre et une époque et s'oppose à l'intérêt personnel d'un individu ou d'un ensemble de personnes. L'intérêt général se présenterait « comme le fondement, le but et la limite des pouvoirs de l'État »⁶⁷. La notion d'intérêt général devient indissociable de l'État qui a un législateur qui la définit, un gouvernement qui s'en inspire et une administration à qui échoit sa mise en œuvre⁶⁸. Il revient à la Loi, expression de la volonté générale de définir l'intérêt général, au nom duquel les services de l'État, sous le contrôle du juge édictent des normes réglementaires, prennent des décisions individuelles et gèrent les services publics. La détermination des mesures propres à satisfaire l'intérêt général représente donc la mission première du législateur.

Cette idée d'intérêt général demeure également à la source de grandes constructions jurisprudentielles et législatives du droit public français, en tant que justification primordiale de

⁶³ La souveraineté de l'État signifie « le pouvoir suprême d'un État sur son territoire et ses habitants à l'intérieur de ses frontières et l'indépendance par rapport à toute autorité étrangère ». Voir sur cette notion, Marc Stanislas Korowitz, *La souveraineté des États et l'avenir du droit international*, Paris, Pedone, 1945; Michel Virally, « une pierre d'angle qui résiste au temps : avatars et pérennité de l'idée de souveraineté », dans Lorenzo Meyer, *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Genève, Institut universitaire des hautes Études internationales, 1977.

⁶⁴ François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Guillaume Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux » (2004) 16 Cah Cons Const.

⁶⁷ Thomas Hamoniaux et Francis Hamon, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris, Libr générale de droit et de jurisprudence, 2001 à la p 13.

⁶⁸ *Ibid.*

l'action publique. C'est ainsi que les grandes notions clés du droit public que sont le service public⁶⁹, le domaine public⁷⁰, l'ouvrage public⁷¹ et le travail public⁷² ne sont définies que par référence à la notion d'intérêt général. C'est l'existence d'un objectif d'intérêt général qui justifie les régimes spécifiques du droit public dans le système français. Le rapport du Conseil d'État⁷³ dans sa deuxième partie souligne que l'idée d'intérêt général se trouve au fondement de nombreuses constructions législatives spécifiques, qui confirment l'attribution au profit de l'administration d'importantes prérogatives de puissance publique. En effet, le droit administratif est tout entier marqué par l'idée que l'administration remplit une mission liée à la satisfaction de l'intérêt général. Et comme toute autre institution publique, « le législateur doit orienter son action vers la satisfaction de l'intérêt général. Celui-ci serait à la fois le fondement et la limite des pouvoirs de la loi »⁷⁴. L'intérêt général sert de référence pour justifier l'action

⁶⁹ La notion de service public désigne usuellement aussi bien une activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général que l'organisme administratif chargé de la gestion d'une telle activité. Voir Gérard Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Paris, Quadridge, 2004 à la p. 843.

⁷⁰ Le domaine public est constitué par les biens qui sont affectés soit à l'usage du public soit à un service public et soumis en tant que tels à un régime juridique particulier. Le domaine public se subdivise en : domaine naturel, composé des biens dont la soumission à la domanialité publique résulte d'un fait entraînant à la fois acquisition et incorporation et dont la contenance est déterminée par simple délimitation opérée par l'autorité administrative (ex : rivages de la mer), et domaine artificiel composé de biens dont l'acquisition est accompagnée d'un acte exprès d'affectation par l'autorité administrative dénommé classement. Voir *Ibid.* à la p. 321.

⁷¹ La notion d'ouvrage public se définit comme « un immeuble (objet d'un minimum d'aménagement) affecté (quel que soit son propriétaire ou son régime de propriété) soit à l'usage direct du public, soit à un service public et soumis, en tant que tel, à un régime spécial quant à la compétence juridictionnelle et la réparation des dommages causés aux personnes et aux biens (notion altérée par des extensions jurisprudentielles qui se recoupe partiellement avec celles de domaine public et de travail public) ». *Ibid.* à la p. 637.

⁷² Le travail public est une « édification, un aménagement ou entretien d'un ouvrage public, par extension, cet ouvrage même au sens strict, travail quelconque (construction, réparation, transformation, destruction, entretien, etc.) sur un immeuble (au sens du droit civil, à l'exclusion de travaux mobiliers) présentant une utilité générale (celle-ci n'étant pas restreinte à l'existence d'une relation avec le domaine public ou le service public mais appréciée en fonction de son but propre, ce qui exclut les travaux réalisés dans l'intérêt privé ou même financier des collectivités publiques et réalisés soit pour le compte d'une personne publique critère traditionnel soit pour la réalisation d'une mission de service public critère alternatif plus récent». *Ibid.*, à la p. 915.

⁷³<http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html>, consulté le 25 décembre 2015.

⁷⁴ Guillaume Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux » *supra*note 68.

administrative et l'atteinte aux libertés. Quant au pouvoir judiciaire, la découverte par le juge d'une finalité d'intérêt général peut justifier, sous certaines conditions, qu'il soit dérogé à certains principes fondamentaux⁷⁵. L'intérêt général est par exemple constamment rappelé pour les cas de servitudes ou d'expropriation.

Pour ce qui est du juge constitutionnel⁷⁶, il utilise l'intérêt général comme une condition de constitutionnalité destinée à autoriser les restrictions législatives à un certain nombre de droits et libertés. Même si parmi les textes constitutionnels en général, aucun ne renvoie expressément à la notion d'intérêt général⁷⁷, celle-ci semble pourtant intégrer les instruments de contrôle de la Loi. Plus précisément, elle l'érige en condition de constitutionnalité de la Loi⁷⁸. Lorsque le législateur restreint l'exercice de certains principes, droits ou libertés protégés par le Conseil, il doit justifier son action par la poursuite d'un objectif d'intérêt général⁷⁹. Le juge constitutionnel reconnaît, en effet « à l'auteur de la loi, la liberté d'apprécier ce qui, selon lui, relève de l'intérêt général. Ce dernier est donc susceptible de s'incarner dans des principes qui n'ont pas valeur constitutionnelle »⁸⁰. Le juge constitutionnel fait preuve d'une extrême

⁷⁵ Conseil d'État, *Rapport public 1999, Jurisprudence et avis de 1998 sur l'intérêt général*, La Documentation française, 1999. Selon ce Rapport, « l'une des fonctions les plus importantes de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence administrative est de limiter, au nom des finalités supérieures qu'elles représentent, l'exercice de certains droits et libertés individuelles au nombre desquels on peut ranger notamment le droit de propriété et de la liberté d'entreprendre ».

⁷⁶ Didier Truchet, *La notion de la fonction d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977; François Saint Bonnet, *L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, en ligne http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/saintbonnet.pdf, consulté le 23 décembre 2015.

⁷⁷ D'après François Saint Bonnet, « L'intérêt général n'est pas à proprement parler une norme constitutionnelle mais un objectif politique susceptible d'être atteint si la répartition des fonctions entre les organes exécutif et législatif est astucieusement agencée ». Voir François Saint Bonnet, *supra* note 86, en ligne http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/saintbonnet.pdf, consulté le 06 janvier 2016.

⁷⁸ Guillaume Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux » *supra* note 68.

⁷⁹ Depuis sa première apparition dans la décision N° 79 -107 DC du 12 juillet 1979, la condition d'intérêt général est devenue incontournable dans le contentieux constitutionnel français. Voir, *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

prudence lorsqu'il contrôle le respect par le législateur de la condition d'intérêt général. Il se contente de vérifier si l'auteur de la loi a bien formulé les objectifs poursuivis à l'appui de son dispositif.

La notion d'intérêt général intervient également, peu à peu au-delà du droit administratif et constitutionnel, dans la sphère du droit de l'Union européenne⁸¹. Cela indique son expansion progressive et croissante dans l'espace juridique européen justifiant l'intervention de l'État comme le meilleur garant de la protection de l'intérêt général des individus qui composent une société. Somme toute, la notion d'intérêt général apparaît dans la logique volontariste comme une notion contingente liée aux évolutions historiques du rôle de l'État et constitue le pilier du droit public français. Mais cette conception volontariste de l'intérêt général semble assez réductrice en ce sens qu'elle présente l'État comme le seul garant de l'intérêt général⁸². Il apparaît que l'intérêt général quoi qu'il se distingue de la somme des intérêts particuliers, ne s'y oppose pourtant pas. Bien au contraire, il repose sur « l'hypothèse de l'existence préalable d'intérêts particuliers, définis a priori comme contradictoires puisque visant à promouvoir un avantage personnel »⁸³. Ce qui nous ramène à la conception utilitariste de l'intérêt général.

B- L'approche utilitariste de la notion d'intérêt général

La conception d'ordre utilitariste ne voit dans l'intérêt général que la somme des intérêts particuliers. Elle considère que chaque individu en recherchant son propre intérêt agit sans le

⁸¹ Thomas Hamoniaux et Francis Hamon, *L'intérêt général et le juge communautaire*, supra note 67.

⁸² Xavier Engels et al, *De l'intérêt général à l'utilité sociale*, Paris, L'Harmattan, 2006.

⁸³ George Wilhelm et Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, traduit de l'Allemand par André Kaan et préfacé par Jean Hyppolite, Paris, Édition Gallimard, Coll. Idées, 1972, p.221.

savoir pour le bien de l'ensemble de la société⁸⁴. Selon cette vision, l'intérêt général n'est recherché qu'inconsciemment toujours par le biais de la recherche de l'intérêt particulier. L'approche utilitariste « peut se résumer à l'idée que l'intérêt général n'est jamais mieux servi que lorsqu'on laisse, en réalité, les individus libres de satisfaire leurs intérêts égoïstes »⁸⁵. Elle reprend la thèse d'Adam Smith⁸⁶ qui avait réduit « l'intérêt général à l'avantage économique », l'intérêt général s'identifiant ainsi à la prospérité économique. La conception utilitariste vise à « réduire l'espace public à l'organisation de la coexistence entre les intérêts particuliers »⁸⁷. Cette approche « laisse non seulement peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance envers l'État »⁸⁸.

La notion d'intérêt général dans cette dimension utilitariste a pris une certaine ampleur avec l'évolution des sociétés contemporaines qui se focalisent sur l'individu au détriment des valeurs communes⁸⁹. De nos jours, il semble acquis que des intérêts particuliers coïncident avec l'intérêt général et on remarque que la distinction héritée de la Révolution française entre l'intérêt général et les intérêts particuliers ne semble plus aussi nette qu'auparavant⁹⁰. La pensée

⁸⁴ Site Internet Vie publique, <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/approfondissements/interet-general-interets-particuliers.html>, consulté le 26 décembre 2015.

⁸⁵ Thomas Hamoniaux et Francis Hamon, *L'intérêt général et le juge communautaire*, supra note 67 à la p 27.

⁸⁶ Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776, consultable en ligne sur le site

http://classiques.uqac.ca/classiques/Smith_adam/richeesse_des_nations_extraits/richeesse_nations_extraits.html.

⁸⁷ http://docs.eclm.fr/pdf_annexe/AssociationsCitoyennesPourDemain-InteretGeneral.pdf, consulté le 06 janvier 2016.

⁸⁸ Le Rapport du Conseil d'État français en ligne, <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html>.

⁸⁹ La critique marxiste fait valoir que l'intérêt général n'était en réalité que l'intérêt des classes sociales ayant conquis le pouvoir au sein de l'État. Voir en ligne http://documents.irevues.inist.fr/bitstream/handle/2042/15228/HERMES_1995_17-18_335.pdf;jsessionid=B2727D7470E63270521847D16913C1A5?sequence=1.

⁹⁰ Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1977.

libérale contemporaine a contribué à aggraver la remise en cause de la légitimité de l'État ainsi que de sa capacité à faire prévaloir un véritable intérêt général. Même si l'intérêt général constitue le pilier de tout fondement de droit public⁹¹, il apparaît dans cette optique comme une notion fluctuante au gré de l'évolution de l'État. L'avènement du libéralisme économique renforça la philosophie utilitariste de l'intérêt général, et par conséquent conféra une place primordiale à l'ouverture des marchés et au principe de libre concurrence, tendance qui vient contrebalancer la notion d'intérêt général résultant de l'approche volontariste.

Est-ce à dire que l'intérêt général résultant de la vision volontariste semble de plus en plus dépassé? On ne saurait en conclure pour autant de façon rigide, car les intérêts particuliers demeurent le plus souvent conflictuels et le marché ne peut à lui seul tout régler⁹². Le débat semble davantage s'orienter vers la recherche d'un équilibre entre l'efficacité du marché et les impératifs d'intérêt général. Donc « plutôt que d'opposer intérêt général et marché, libéralisation et service public, il s'agit plutôt de rechercher, dans un contexte de libre concurrence, la prise en compte d'objectifs d'intérêt général »⁹³. D'autant plus qu'avec la mondialisation de l'économie, la notion d'intérêt général est appelée à concilier différents objectifs contradictoires entre d'une part, combiner les libertés individuelles et le solidarisme public, et d'autre part concilier des objectifs de reconnaissance de droits subjectifs et ceux de régulation sociale. Mustapha Mekki corrobore cette tendance de l'intérêt général qui, selon lui

⁹¹ François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, supra note 64; Thomas Hamoniaux et Francis Hamon, *L'intérêt général et le juge communautaire*, supra note 67; Moustapha Mekki et Ghestin, *L'intérêt général et le contrat: contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004.

⁹² Site internet du Conseil d'État français, <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html>, consulté le 06 janvier 2016.

⁹³ Éric Boulanger, *L'investissement et la nouvelle économie mondiale : trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, supra note 5.

« devient le fondement commun de la sphère privée et de la sphère publique, et le fruit d'une collaboration entre l'État et la société privée »⁹⁴.

La mondialisation a aussi permis aux entreprises transnationales et institutions financières internationales (IFI) de s'affranchir des contraintes nationales alors que l'intérêt général s'est constitué et épanoui jusque-là dans un contexte national et sa remise en cause paraît liée à celle de l'État-Nation⁹⁵. L'État semble de plus en plus concurrencé dans sa mission de détermination et de poursuite de l'intérêt général à cause des réflexes communautaires qui tendent à infléchir la puissance de l'État-Nation. Toutefois, ce cadre communautaire peut bel et bien défendre et protéger les approches nationales de l'intérêt général⁹⁶. Au regard de ce qui précède, il peut en être déduit que l'intérêt général oscille entre les deux tendances précitées et est à la recherche permanente d'un équilibre entre intérêt particulier des citoyens et celui de la société toute entière. Il n'est pas évident de concilier des intérêts à priori divergents en l'occurrence dans le contexte particulier de la mondialisation où l'efficacité économique semble primer sur bien d'autres objectifs aussi louables qu'ils peuvent l'être. Cependant, avec l'évolution de la société, de nouveaux besoins sociaux et de nouveaux enjeux sont apparus, notamment, l'émergence de questions contemporaines telles que la protection de l'environnement, celle des droits de l'homme, la prise en compte des préoccupations des communautés locales dans les

⁹⁴ Mustapha Mekki, *L'intérêt général et le contrat: contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *supra* note 101 à la p 67.

⁹⁵ Site internet du Conseil d'état, <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html>, consulté le 05 janvier 2016.

⁹⁶ En est-il du contexte de la Communauté européenne économique (CEE) qui, bien qu'ayant accordé une grande liberté d'action aux opérateurs économiques et ayant levé les entraves à leurs activités économiques, laisse toutefois à l'autorité publique de jouer son rôle de régulateur. Le Préambule du Traité CEE a mis en avant le progrès social en se basant sur l'amélioration des conditions de vie et d'emploi des peuples. Le Rapport du Conseil d'État constate une totale convergence entre les approches nationales et communautaires de l'intérêt général, alliant ou conciliant le principe du marché et les objectifs d'intérêt général.

projets miniers. Au vu de cette réalité, il devient primordial de définir ce concept ou au moins de comprendre sa signification quoiqu'en pratique, il semble fort difficile d'appréhender cette notion d'intérêt général.

Paragraphe 2 : Essai de conceptualisation de la notion d'intérêt général

Il s'agira d'une part, de distinguer la notion d'intérêt général des concepts voisins (A) et d'autre part, de comprendre son appréhension par le droit international (B).

A- Intérêt général et Notions voisines

Des tentatives de définition et de conceptualisation de la notion d'intérêt général n'ont pas manqué afin d'en saisir le sens véritable et la portée de son contenu⁹⁷. La notion d'intérêt général fait l'objet d'une appropriation dans bon nombre de disciplines incitant différents auteurs⁹⁸ à tenter de l'appréhender et de l'adapter à leur contexte d'étude et d'analyse. Malgré ces nombreuses tentatives, il demeure difficile de dégager un consensus autour du sens réel à donner à cette notion. C'est une notion qui a un contenu très variable renvoyant à des réalités différentes dépendamment du contexte, de l'époque et de la discipline dans laquelle son étude

⁹⁷ François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, supra note 64; Le Pors Anicet, *Une conception d'intérêt général*, que sais-je?, 2011, p.11; Danielle Loschak et Jacques Chevallier, *Science administrative*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1978; François Rangeon, « l'intérêt général et les notions voisines », dans Barthamaria Knoppers et Yawn Joly, dir, *La santé et le bien commun*, Montréal, Thémis, 2008; Maurice Hamiou, *Précis de droit administratif*, 12^{ème} édition, Paris, Sirey, 1933; Marie Paul Deswartes, « Intérêt général, bien commun » (1988) 5 RDP, p.1289.

⁹⁸ John Kenneth Galbraith et Jean-Louis Crémieux-Brilhac, *La science économique et l'intérêt général*, Paris, Gallimard, 1981; Thomas Hamoniaux et Francis Hamon, *L'intérêt général et le juge communautaire*, supra note 67; Petit François, Belet Daniel et Front Jacques, *Tentatives d'une comptabilité élargie à responsabilité sociétale de l'entreprise ou comment concilier business et intérêt général?*, Institut de recherche socio-économie des entreprises et des organisations, Rhône, Écully, 2013, Issue 94, p.29-51; David Hiez et Laurent Remi, « la nouvelle économie sociale et solidaire : l'intérêt général? » (2011) 319 *Revue internationale de l'économie sociale : RECMA*, p.36; Amblard Colas, « intérêt général, utilité publique ou utilité sociale : quel mode de reconnaissance pour le secteur associatif? » (2010) 315 *Revue internationale de l'économie sociale*, p.21-39.

est abordée. Cela fait d'elle une notion interdisciplinaire, dans la mesure où le droit s'y intéresse⁹⁹, de même que la philosophie¹⁰⁰, ou encore les sciences économiques¹⁰¹...etc.

Chaque discipline qui l'approche cherche à appréhender son contenu et donc à la définir, cela explique la diversité des définitions dont la notion d'intérêt général fait l'objet¹⁰². Il s'agit de pouvoir déterminer le sens ou la signification de la notion d'intérêt général, qui, même si elle revêt un certain nombre de caractéristiques, ne dissipe pourtant pas le flou qui l'entoure¹⁰³. Lemieux a jugé que cette notion était aussi « élastique, variable, mobile et soumise au contexte social, économique et culturel »¹⁰⁴. Pour mettre en avant ce caractère relatif de la notion d'intérêt général, le doyen Hauriou souligne que la notion d'intérêt général « est valable pour tous les temps et pour tous les pays, puisqu'elle est pour une grande part sous la dépendance des mœurs et des évolutions sociales »¹⁰⁵. Pour mieux le comprendre, il semble important de la distinguer de ces concepts voisins. Ainsi, l'intérêt général est lié à certains concepts similaires à première

⁹⁹ Thomas Hamoniaux et Hamon, *L'intérêt général et le juge communautaire supra* note 67; Saida El Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » (2005) 51 Annu Fr Droit Int 542; Lok Sang Ho, *Health policy and the public interest*, New York, Routledge, 2013; Andreas Kulick, *Global public interest in international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

¹⁰⁰ François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général, supra* note 64; François Rangeon, « l'intérêt général et les notions voisines », dans Barthamaria Knoppers et Yawn Joly, dir, *La santé et le bien commun*, Montréal, Thémis, 2008.

¹⁰¹ John Kenneth Galbraith et Jean-Louis Crémieux- Brillhac, *La science économique et l'intérêt général, supra* note 108; Petit François, Belet Daniel et Front Jacques, *Tentatives d'une comptabilité élargie à la responsabilité sociétale de l'entreprise ou comment concilier business et intérêt général?*, Écully, Issue 94, Rhône, Institut de socio-économie des entreprises et des organisations, 2013 aux pp 29-51; David Hiez et Laurent Rémi, « La nouvelle frontière de l'économie sociale et solidaire : l'intérêt général? » (2011) Rev Int L'économie Soc 36 supra note 108.

¹⁰² Selon Bertrand Mathieu, « l'intérêt général se définit mal par sa substance, il se définit plus exactement par une volonté, celle de promouvoir les intérêts fondamentaux d'une société dans un cadre et une époque donnée ». Voir Anaclef Nzohabonayo, *Intérêt général des pays en voie de développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement, supra* note 32 à la p 40 .

¹⁰³ Walid Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » (2008) 135: 4 J Droit Int P.999.

¹⁰⁴ Charlotte Lemieux, « la protection de l'eau en vertu de l'article 982 C. c. Q : problèmes d'interprétation » (1992) 23 RDUS, p.191-194.

¹⁰⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12ème, Paris, Sirey, 1933, p.59.

vue, particulièrement la notion d'intérêt public, de bien commun, mais ont-ils véritablement le même sens?

On ne pourrait pas en conclure d'une manière rigide tant les opinions sont partagées. Truchet précise en opérant la différence entre les deux concepts (Intérêt général et intérêt public) que « le bon sens suggère que l'intérêt général est supérieur et indivisible, l'intérêt public, partiel et contingent : on pourrait comparer les intérêts publics entre eux, mais non des intérêts généraux »¹⁰⁶. Il marque ainsi une différence notable entre les deux concepts, faisant de l'intérêt général une notion unique qu'on ne peut dissocier alors qu'il pourrait exister plusieurs intérêts publics. Alors que pour Gérard Cornu, « l'intérêt général est ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous »¹⁰⁷. À la lecture de la littérature juridique, il n'est pas aisé d'ériger un consensus tant les opinions demeurent divergentes. Quant au concept de bien commun, la différence pourrait être située dans l'origine historique des deux notions. A ce propos, François Rangeon a écrit :

« L'intérêt général et le bien commun ont une histoire sémantique qui leur est propre. Le bien commun a une origine théologique, la notion fut conceptualisée au XIII^e siècle par Saint Thomas d'Aquin et elle contient une dimension morale forte, étant associée aux idées de justice et de vertu. L'intérêt général est apparu au XVIII^e siècle et son histoire est étroitement reliée à celle de la construction de l'État moderne. L'intérêt général résulte d'un processus de laïcisation, de rationalisation, et d'étatisation du bien commun, et il présente une dimension juridico-politique dominante »¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'État*, supra note 100, p. 277-278.

¹⁰⁷ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

¹⁰⁸ François Rangeon, « l'intérêt général et les notions voisines » dans Barthamaria Knoppers et Yawn Joly, *La santé et le bien commun*, supra note 100, p.20.

C'est dans cette même optique que le Rapport du Conseil d'État français s'incline¹⁰⁹ et on pourrait ainsi noter que « l'intérêt général est ce qu'était le bien commun à l'époque où la religion dominait les affaires publiques ». ¹¹⁰ L'intérêt général englobe alors en quelque sorte les concepts d'intérêt public et de bien commun. Il convient de clarifier toutefois que l'intérêt public comme il est appréhendé par les auteurs ci-dessus n'a rien à voir avec la conception traduite de l'anglais « public interest ». Cela dit, la notion d'intérêt général, au-delà de ses symétries avec d'autres concepts, et d'un certain nombre de caractéristiques qui lui sont attribuées, ne peut être cantonnée dans une définition rigide encore moins dans un contenu prédéfini¹¹¹. Cela lui donne un caractère flexible lui permettant de s'intégrer dans une ou plusieurs disciplines et de s'adapter à un contexte particulier¹¹².

B- Appréhension de l'intérêt général par le droit international

Le droit international s'est également intéressé à la notion d'intérêt général, les États ayant cherché à l'adopter et à l'adapter aux valeurs qu'ils entendent promouvoir. C'est dans cette perspective que le droit international public s'en est saisi afin de défendre et protéger des valeurs jugées universelles. Tomiuschat indique que le droit international public « has become

¹⁰⁹ Le Rapport du Conseil d'État français affirme que « l'idée d'intérêt général a progressivement supplanté la notion de bien commun, aux fortes connotations morales et religieuses, qui jusque-là constituait la fin ultime de la vie sociale », en ligne <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html>.

¹¹⁰ Anacleto Nzohabonayo, *Intérêt général des pays en voie de développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement*, supra note 32 à la p. 47.

¹¹¹ Daniele Loschak et Jacques Chevallier, *science administrative*, supra note 107 à la p 359. Il s'agit « d'une notion fuyante, insaisissable, floue, qui ne se laisse pas enfermer dans des classifications normatives traditionnelles ». Le doyen Vedel jugeait l'intérêt général indéfinissable en ce sens que selon les temps, les lieux et les opinions, elle reçoit des contenus forts variables, Préface *Dans* François Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Supra note 74.

¹¹² Anacleto Nzohabonayo, *Intérêt général des pays en voie de développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement* supra note 32 à la p. 4.

a multifaceted body of law that permeates all fields of life, wherever governments act for promoting a public purpose »¹¹³. Son incorporation se justifie également dans ce contexte en droit international des investissements, une discipline qui entend départager des intérêts privés de ceux publics. Ainsi, l'intérêt général, où qu'il se place selon la conception volontariste ou utilitariste, est appelé à concilier des intérêts à la fois privés et publics. L'intérêt général visant la satisfaction de tous ne peut ne pas prendre en considération des intérêts particuliers. Mais il ne se réduit pas à une juxtaposition ni à une addition encore moins une moyenne d'intérêts particuliers. L'intérêt général transcende les intérêts particuliers, car « une Communauté n'est pas la simple addition de ses composantes »¹¹⁴. Il prime sur les intérêts particuliers et en raison de cette suprématie, « s'il est exposé à des menaces, l'État chargé de sa protection peut recourir à la contrainte pour la sauvegarder. Il peut en être déduit que la protection de l'intérêt général exige l'acceptation par l'individu de la coercition publique »¹¹⁵.

La conceptualisation de la notion d'intérêt général est une tâche complexe d'autant plus qu'elle utilise différentes expressions, « intérêt public », « intérêt commun », « intérêt de l'État », « intérêt de la Nation ». En l'occurrence, il semble communément admis que l'intérêt général comporte un versant politique et un autre juridique, qui s'intéresse moins à déterminer son contenu flou et contingent, mais s'attache à mesurer son utilité juridique¹¹⁶. Cela nous fait

¹¹³ Christian Tomuschat, « international law: ensuring the survival of mankind on the Eve of a new country » (1999) 281: 10 Recueil des cours 25, p.70.

¹¹⁴ Anacleto Nzohabonayo, *Intérêt général des pays en voie de développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement*, supra note 32 à la p. 48.

¹¹⁵ Bolgar Vera, « L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique » (1965) 17 : 2 RIDC Revue Internationale de Droit Comparé, P.329-330.

¹¹⁶ Le versant politique s'intéresse, soit à la détermination du contenu de l'intérêt général (c'est la noblesse de l'action politique ou du juge lorsqu'il lui est demandé de statuer en ce sens par le législateur), soit à sa fonction légitimante, la poursuite de l'intérêt général qui est supposée transcender les oppositions partisans est alors le slogan, la rhétorique justificative de l'action que tel acteur conduit (c'est la mission du chercheur en sciences politiques). Le juriste quant à lui, parce qu'il n'est pas confronté à la prise de décision, s'attache moins au contenu

comprendre qu'il est difficile en tant que juriste de saisir toute la pertinence et le contenu de ce concept. Nous nous attèlerons à appréhender sa signification en droit international des investissements. De la même manière qu'il n'y a pas d'unanimité quant aux définitions données à la notion d'intérêt général dans sa globalité, il n'a pas été possible de parvenir à un consensus quant au contenu de l'intérêt général en droit international des investissements. Tantôt, il se réfère au bien public général qui englobe les intérêts de tous les citoyens ; tantôt il prône la protection de valeurs et intérêts communs à la collectivité nationale au détriment des intérêts privés de l'investisseur étranger. Selon Walid Ben Hamida, l'intérêt général constituerait « un équilibre des intérêts économiques, environnementaux et sociaux qui changent en fonction de l'évolution des valeurs et des préférences de la société. Il s'oppose à l'intérêt privé d'une personne ou d'un ensemble de personnes »¹¹⁷. Cette définition rejoint un peu la conception volontariste de la notion d'intérêt général. Saïda El Boudouhi partage la même vision du concept, l'intérêt général « constitue le fondement de toute action publique, et par conséquent correspond à tous les intérêts étatiques »¹¹⁸.

Si ces définitions retiennent davantage une conception volontariste de l'intérêt général en droit international des investissements, l'assertion de Kulick se démarque dans la mesure où sa définition de l'intérêt général comporte deux dimensions: « Firstly, it has a collective dimension, i.e. measures that are to benefit of society as a whole,secondly, it has an

de l'intérêt général, fatalement incertain et contingent et préfère mesurer l'utilité juridique de cette notion essentiellement fonctionnelle ». Voir François Saint Bonnet, L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel, en ligne http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/saintbonnet.pdf.

¹¹⁷ Walid Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » *supra* note 103.

¹¹⁸ Saïda Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » *supra* note 109.

individual dimension, i.e. measures undertaken to protect the interest of a fraction of society or even of only one of its member, such as their or its physical integrity »¹¹⁹. L'intérêt général pourrait alors recouvrir simultanément « l'ensemble des intérêts communs aux différents individus qui composent une société et l'ensemble des intérêts de la société en tant que telle »¹²⁰. De cette définition, l'on comprend que l'intérêt général représente à la fois celui de la société tout entière voire d'un pays dans son ensemble, mais également les intérêts particuliers communs des individus qui composent cette société. Une telle assertion fait place autant à la conception utilitariste de la notion d'intérêt général qu'à celle volontariste. C'est cette vision à notre sens qui explique son émergence progressive en droit international des investissements où cohabitent des intérêts publics et privés. Le droit international des investissements constitue par excellence le champ de prédilection de la confrontation d'intérêts particuliers et d'intérêts généraux. L'intérêt général devient dès lors la coexistence entre les préoccupations de l'investisseur et celles de l'État hôte et sa protection nécessite le maintien d'un équilibre entre ces deux dimensions en droit international des investissements.

C'est la question de l'équilibre qui pose un problème en droit international des investissements. Le régime juridique actuel de l'investissement international apparaît déséquilibré au détriment de l'État d'accueil, notamment, les pays en voie de développement. La sauvegarde de l'intérêt général ne pourrait être atteinte que dans les conditions où les préoccupations des États sont prises en compte au même point que celles de l'investisseur

¹¹⁹ Andreas Kulick, *Global Interest in international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 aux pp 11-56.

¹²⁰ Florence Perrin, *L'intérêt général et le libéralisme politique : entre droits et intérêts particuliers (XVIIe –XIXe siècle)*, Clermont Ferrand, Varenne, 2012, p.7.

étranger. Ces préoccupations ont davantage trait aux intérêts non strictement économiques liés aux enjeux de développement durable et de protection des droits de l'homme¹²¹. Notre propos se focalisera sur l'importance d'un rééquilibrage des droits dans les relations d'investissement, seul impératif permettant de mieux protéger l'intérêt général. Cela est plus que nécessaire dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles où les enjeux relatifs au développement durable et aux droits humains sont incontournables. Promouvoir et protéger l'investissement international ne devrait pas être aux antipodes des préoccupations d'intérêt général. Admettre les investissements internationaux ne doit pas être synonyme de nivellement des règles et standards applicables à la protection du développement durable et des droits de l'homme.

La démarche promotrice des États hôtes d'investissement est censée ne pas tenir compte des seuls aspects pécuniaires. La protection de l'intérêt général dans le cadre de cette recherche ne peut être assurée que par une meilleure prise en compte des préoccupations non strictement économiques. C'est cette intégration progressive des préoccupations d'intérêt général qui justifierait leur émergence ainsi que leur protection en droit international des investissements.

¹²¹ Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siiriainen, *Droit économique et droits de l'Homme*, Bruxelles, Larcier, 2009; voir aussi, Éric de Brabandere, et Tarcisio Gazzini, *Foreign investment in the energy sector : balancing private and public interests*, coll Nijhoff international investment law series ; v 2, Leiden Boston, Brill, 2014.

Section 2 : L'émergence de la notion d'intérêt général en droit international des investissements

L'intérêt général qui est le fruit d'une certaine évolution en droit international de l'investissement (§1) y est appréhendé par deux principales techniques (§2). Son étude dans le cadre de l'exploitation minière nous permettrait de mieux comprendre les interactions (§3).

Paragraphe 1 : L'évolution de la notion d'intérêt général en droit international des investissements

La notion d'intérêt général est apparue antagonique au droit international des investissements qui est une matière ayant été fondée sur la finalité ultime de protéger l'investisseur étranger. A cet égard, un auteur affirmait que « there is no doubt that the overall content and intention of investment treaties is to protect investors »¹²². Les deux parties (État d'accueil — Investisseur privé étranger) dans un rapport conventionnel ou dans un litige les opposant, sont appelées à converger vers des intérêts qui semblent, de prime abord, fort contradictoires. En ce sens, une partie (investisseur) cherche à maximiser ses profits et l'autre (l'État) poursuit des fins de satisfaction de l'intérêt général¹²³. Comment promouvoir les investissements internationaux tout en permettant aux États hôtes de faire face aux enjeux de la protection de l'intérêt général? La recherche de cet équilibre s'est au préalable manifesté au niveau des enjeux procéduraux (A) de l'investissement international avant de gagner le terrain des questions substantielles (B).

¹²² Andrès Rigo Surela, *Investment Treaty arbitration: judging under uncertainty*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2012, P.27.

¹²³ Anacleto Nzohabonayo, *Intérêt général des pays en voie de développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement*, supra note 32.

A- Considérations d'intérêt général dans les questions procédurales d'investissement

Les enjeux que pose la protection de l'intérêt général en droit international des investissements sont pertinents et cela particulièrement avec l'accroissement de la pratique arbitrale. Il a été reproché à cette dernière de maintenir une certaine surprotection des intérêts économiques de l'investisseur étranger au détriment des préoccupations non économiques¹²⁴. Fondé dans l'espoir de faire face à la position dominante de l'État contre une personne privée, le droit international des investissements a pris son envol avec le foisonnement des traités bilatéraux d'investissements (TBI) ou accords de promotion et de protection des investissements (API)¹²⁵. Si à une époque, le maintien et la pérennisation des règles protectrices des investissements internationaux se justifiaient, le contexte est tout autre de nos jours.

L'attitude hostile des pays en voie de développement à l'égard des investissements internationaux s'est radicalement déplacée vers des politiques de promotion des flux d'investissements, jugées capables de soutenir le développement¹²⁶. La métamorphose opérée

¹²⁴ Walid Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral : réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse de doctorat, Université de Paris 2, 2003.

¹²⁵ La période ayant suivi les décolonisations dans les pays en voie de développement a été marquée par de nombreuses expropriations et nationalisations dans la décennie 1960-1970. La propriété privée des investisseurs étrangers a été menacée dans la plupart des pays hôtes des investissements qui voulaient retrouver une certaine souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles. Face à cette menace, les pays développés afin de sécuriser leurs investissements ont mis en place les Traités Bilatéraux d'investissement (TBI) qui se sont vite propulsés sur la scène internationale pour conquérir le monde. Ils contiennent la plupart des clauses de traitement national, de traitement de nation la plus favorisée, celles encadrant les expropriations et nationalisations et le traitement minimum devant être accordé aux investisseurs et à leurs biens. Voir, Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, *supra* note 5; Philippe Kahn, « Les investissements internationaux : nouvelle donne: un droit transnational de l'investissement » (2007) 1 *New Asp Int Invest Law* 341.

¹²⁶ Les États africains signent de plus en plus des Traités bilatéraux d'investissements (TBI) pour faire face aux enjeux du développement. L'aide publique se faisant de plus en plus conditionnelle et ne constitue d'ailleurs pas un mode de financement fiable. Ces pays demeurent pour la plupart endettés pour pouvoir bénéficier des conditions et des critères de crédit. Donc la promotion des flux d'investissement constitue le mode de financement qui semble le plus efficace actuellement dans le contexte des pays en voie de développement. Voir Byung - Hwa Lee, *L'IDE*

par les pays en voie de développement a été propulsée avec l'avènement de la mondialisation qui implique la libéralisation des flux d'IDE. Le revirement observé en faveur de la promotion de l'investissement international n'a pas empêché le maintien de mesures protectrices dans les accords d'investissements. Mieux encore, la persistance de telles clauses a trouvé un nouveau justificatif avec l'émergence progressive du concept d'expropriation indirecte¹²⁷. Cette notion d'expropriation indirecte, revêtant plusieurs formes et qui fera l'objet de développements ultérieurs, constitue une des causes fondamentales de vives tensions dans les revendications relatives aux arbitrages d'investissement. La question du rééquilibrage¹²⁸ des intérêts entre les parties dans une relation d'investissement international s'est dès lors posée et celle de l'intérêt général s'impose *crescendo*.

Le débat sur le rééquilibrage des intérêts a commencé à s'intéresser d'abord aux difficultés procédurales rencontrées par les États hôtes. C'est ainsi qu'une partie de la littérature s'est d'abord focalisée sur le développement des enjeux d'ordre procédural en matière d'arbitrage d'investissement. La question des requêtes reconventionnelles introduites par un État d'accueil contre un investisseur étranger sur la base de la violation d'un engagement contractuel ou conventionnel a été mise en avant. La violation peut également être fondée sur le

des pays en développement : un vecteur d'échanges et de croissance, Paris, OCDE, 2002; Hatem Fabrice, *Investissement international et politiques d'attractivité*, Paris, Economica, 2004; Claire Mainguy, *Les investissements directs étrangers dans les pays en développement - la diversité des impacts*, Paris, Harmattan, 2004; Commission des Nations-Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), *Rapport sur les Perspectives de l'investissement direct étranger dans le monde et nouvelles opportunités du marché*, CNUCED, Avril 2008.

¹²⁷ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *supra* note 8; Suzy Henrike Nikiéma, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), 2012; OCDE, *Indirect Expropriation and the « Right to Regulate » in International Investment Law*, OECD, 2004; Arnaud de Nanteuil, *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, A Pedone, 2014.

¹²⁸ Voir Patrick Juillard, « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements » (2004) *Annuaire de droit international*, p. 675-676.

non-respect d'une disposition interne ou internationale en matière fiscale, environnementale ou sociale. Cette question a été soulevée dans de nombreuses affaires arbitrales¹²⁹. Elle a ainsi été invoquée dans l'affaire Spyridon Roussalis contre Roumanie¹³⁰, où elle a été rejetée par le tribunal CIRDI sur la base qu'elle était tributaire de l'étendue du consentement à l'arbitrage donné par les parties. L'article 46 de la Convention portant création du CIRDI précise en effet que « sauf accord contraire des parties, le Tribunal doit, à la requête de l'une d'elles, statuer sur toutes demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles se rapportant directement à l'objet du différend, à condition que ces demandes soient couvertes par le consentement des parties et qu'elles relèvent par ailleurs de la compétence du Centre ».

La difficulté réside en matière de demande reconventionnelle dans le caractère dissocié du consentement des parties à l'arbitrage qui est de nature à limiter la possibilité d'introduire de telles requêtes. La compétence du tribunal arbitral repose en effet sur la rencontre d'une offre unilatérale d'arbitrage formulée par l'État hôte dans le traité d'investissement, et d'une acceptation de la part de l'investisseur par le biais de la soumission de sa requête d'arbitrage. Le consentement né de cette rencontre doit dès lors être suffisamment large pour inclure les demandes reconventionnelles introduites en cours d'instance par les États hôtes¹³¹. Selon Walid Ben Hamida, « l'admission des demandes reconventionnelles pourrait assurer un rééquilibrage entre les intérêts des États et ceux des investisseurs, pallier l'absence d'un contrôle juridictionnel

¹²⁹ *Gabon c/ Société serete S.A* (1978) ARB/76/1, Ordonnance de désistement ; *Tanzania electric supply co. Ltd c/ Independant power tanzania Ltd*, (2001) ARB/98/8.

¹³⁰ *Spyridon Roussalis c Roumanie* (2011) ARB/06/01 CIRDI.

¹³¹ Julien Burda, « Le consentement aux demandes reconventionnelles dans le cadre du CIRDI à la lumière de la sentence *Spyridon Roussalis contre Roumanie* » (2013) 3 :1 revue d'arbitrage et de médiation, en ligne https://www.editionsyvonblais.com/DynamicData/files/2290_RAMJAM-_vol3-1_Burda.pdf.

des activités des investisseurs étrangers et permettre aux arbitres de prendre en considération d'autres valeurs non marchandes relatives à la dignité des hommes et des principes fondamentaux de la société »¹³². D'autres auteurs¹³³ se sont également intéressés aux conditions d'accès de l'État à l'arbitrage des litiges l'opposant aux investisseurs étrangers. Stéphane Bonomo affirmait à ce sujet que, « la protection juridictionnelle dont bénéficient les investisseurs privés dans les Traités d'investissements entraîne une érosion considérable de la souveraineté des États »¹³⁴.

Par la suite, l'*amici curiae* a également fait son apparition dans le contentieux arbitral comme un fervent défenseur des enjeux du développement durable. L'*amici curiae* désigne « la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir en présence de tous les intéressés, toutes les observations propres à éclairer le juge, l'opinion de l'*amicus* convié ne liant pas le juge [...] »¹³⁵. Un tribunal a pu qualifier la notion d'*amici curiae* comme « *a non-party to the dispute (which), as a friend, offers to provide the court or tribunal it special perspectives, arguments, or expertise on the dispute, usually in the form of a written amicus curiae brief or submission* »¹³⁶. L'intervention des *amici curiae* dans les procédures arbitrales a été ainsi

¹³² Walid Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » *supra* note 113.

¹³³ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The international law on foreign investment*, *supra* note 61.

¹³⁴ Stéphane Bonomo, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, *supra* note 61.

¹³⁵ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 7ème édition., Paris, PUF, 2006, p.54; Voir aussi, Steven Emmanuel, *Latin for lawyers: The language of the law*, New York, Aspen Publishers., 1^e éd., 1999, p.21 : « Literally, friend of the court; applied to anyone who is not a party to the litigation but helps the court to resolve an issue or dispute. Amicus curiae briefs are often submitted in important cases by strangers to the litigation to argue a particular point or rule in which they have an interest ».

¹³⁶ *Aguas Argentinas, S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A c. Argentine*, (2005) ARB/03/19, Ordonnance en réponse de la pétition pour la transparence et pour la participation en tant qu'*amicus curiae* (19/05/2005), paragraphe 8, CIRDI.

développée en vue de permettre à la société civile de se faire entendre. Les arbitres ont admis, en matière d'arbitrage d'investissement, la possibilité pour des organisations non gouvernementales (ONG) de protection de l'environnement et des associations syndicales, de présenter à l'écrit leurs arguments sur le fond dans une procédure arbitrale sans leur accorder la participation aux audiences et l'accès aux pièces de la procédure¹³⁷.

Sans être partie au litige, l'*amicus curiae* présente un mémoire sur un point lié au contentieux et ayant normalement mais pas nécessairement¹³⁸ un caractère d'intérêt public¹³⁹. Il incitera le tribunal à prendre en compte d'autres intérêts dans la prise de décisions, en lui apportant un éclairage différent des éléments factuels ou juridiques¹⁴⁰. En matière de développement durable, l'*amicus curiae* pourrait également apporter ses compétences techniques¹⁴¹. Dans le cadre du CIRDI, l'intervention des *amicus curiae* est prévue par l'article

¹³⁷ Par rapport à l'accès aux audiences, « le Tribunal arbitral n'a pas d'autres choix en application de l'article 32 (2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI, que de respecter l'opposition des investisseurs à cette demande. L'ouverture de la procédure du CIRDI à l'égard des *amici curiae* n'est en effet pas allée jusqu'à permettre aux arbitres d'outrepasser la volonté des parties sur cette question ». Voir aussi Brigitte Stern, « l'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur », (2002) 2 Revue de l'arbitrage, p.329-345. Dans cette perspective, le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage a même été modifié en Avril 2006 notamment pour donner un cadre juridique à l'intervention des « amis de la cour ». Il résulte du nouvel article 37 (2) du Règlement d'arbitrage que le Tribunal dispose de la compétence nécessaire pour admettre ou non les soumissions écrites des « parties non contestantes » sous certaines conditions, notamment, l'utilité pour le Tribunal de la soumission en question au regard du litige et son caractère novateur eu égard aux exposés des parties, le fait que la soumission s'inscrive dans le cadre du différend et l'intérêt de l'auteur de la soumission pour le différend. Voir Julien Fouret et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » (2007) 20 : 1 Revue québécoise de droit international, p.322.

¹³⁸ Dans l'affaire *Glamis Gold c. États-Unis*, l'Association nationale des mines des États-Unis a demandé à intervenir comme *amici* pour représenter les intérêts des entreprises travaillant dans ce domaine.

¹³⁹ James Harrison, « Human rights arguments in Amicus curiae submissions: Promoting social justice? », Dans Pierre Marie Dupuy, Francesco Francioni et Ernst- Ulrich Petersmann, *Human rights in international investment law and arbitration*, supra note 29, p.405.

¹⁴⁰ Hervé Ascension, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales » (2001) 105: 4 Revue générale de droit international public, p.897; Eugenia Levine, « *amicus curiae* in International investment arbitration: the implications of an increase in Third-Party participation » (2011) 29:1 Berkeley Journal of international law, p.207.

¹⁴¹ L'Institut international du développement durable intervient dans ce sens parfois comme *amici* dans le cadre de certains arbitrages.

37 (2) du Règlement d'arbitrage¹⁴². De même, certains accords relatifs aux investissements mentionnent également la capacité de recourir aux *amicus curiae*¹⁴³. Certains tribunaux ont eu à admettre des *amicus curiae* dans le cadre de procédure arbitrale opposant un investisseur à un État. A titre illustratif, dans l'affaire *biwater Gauff c. Tanzanie*¹⁴⁴, cinq ONG ont demandé à intervenir et leur intervention a été acceptée par le tribunal arbitral¹⁴⁵.

Cette affaire s'intéressait à un investissement dans la rénovation et l'expansion de la distribution d'eau et la gestion des eaux usées. C'est dans un contexte de privatisation de ce service qu'un investisseur britannique s'était établi à Dar es Salam pour mettre en œuvre ces activités. Le différend est né à la suite d'une tentative de renégociation du contrat entre l'investisseur et l'État, le premier considérant après dix-huit mois que le tarif prévu initialement pour l'exécution du projet devait être revu à la hausse. À la suite de l'échec d'une médiation entre les deux parties, le gouvernement tanzanien décida de mettre fin au contrat¹⁴⁶. Le droit d'accès à l'eau considéré comme un droit humain a été mis en avant par les *amicus* en tant qu'argumentaire dans le cadre du mémoire qu'ils ont déposé. Étant donné que l'enjeu du droit

¹⁴² L'article 37 (2) dispose que « après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la partie non contestante) de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère entre autres, dans quelle mesure :

a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relatif à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend;

b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend;

c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif (...) ».

¹⁴³ L'article 28 de l'Accord modèle des États-Unis de 2012; L'article 831 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la Colombie (21/11/2008); L'article 832 entre le Canada et le Pérou (29/05/2008; L'article 10.20 de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et le Chili (17/06/2008).

¹⁴⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. C. Tanzanie* (2008) ARB/05/22, CIRDI, Paragraphe 377.

¹⁴⁵ The Lawyers' Environmental Action Team (LEAT), The Legal and Human Rights Centre (LHRC), The Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), The Center for International Environmental Law (CIEL), The International Institute for Sustainable Development (IISD).

¹⁴⁶ Nitish Monebhurrin, *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 425.

à l'eau s'étend au bien être de toute une population, son respect est censé intégrer le régime de responsabilité et de protection des investisseurs¹⁴⁷. L'intérêt fondamental de la population a d'ailleurs été l'un des critères favorisant la recevabilité des *amicus* dans cette affaire¹⁴⁸. C'est sur la base de la protection de l'intérêt général que l'intervention des *amicus curiae* est autorisée dans le contentieux relatif aux investissements. C'est dans la même logique que les tribunaux dans l'affaire *Aguas Provinciales de Santa Fe* :

Have traditionally accepted the intervention of amicus curiae in ostensibly private litigation because those cases have involved issues of public interest and because decisions in those cases have the potential, directly or indirectly, to affect persons beyond those immediately involved as parties in this case. In examining the issues at stake in the present case, the Tribunal finds that the present case potentially involves matters of public interest¹⁴⁹.

La même tendance est notable dans l'affaire *Methanex* ou l'institut international du développement durable est intervenu comme *amicus curiae* sur le fondement de la prise en compte des questions du DD et de la protection de l'environnement. L'interprétation des principes du droit international des investissements est faite à la lumière des préoccupations d'intérêt général grâce à l'intervention des *amicus curiae*. Si les effets de l'intervention des *amicus curiae* sur la prise de décision des arbitres sont encore incertains, la seule présence des principes du développement durable et des droits humains témoigne d'une certaine prise de

¹⁴⁷ Antoinette Hildering, *International law, Sustainable development and Water management*, Deldt, Eburon Publishers, 2006, p.73 et s; Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective du développement durable, en ligne <http://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/francais/icwedecf.html>.

¹⁴⁸ Brigitte Stern, « un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur » (2007) 1 Revue de l'arbitrage, p.19.

¹⁴⁹ *Aguas Provinciales de Santa Fe S. A., Suez, Sociedad general de Aguas de Barcelona S.A & Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A c. Argentine* (2005) ARB/03/17, Ordonnance en réponse de la pétition pour la transparence et pour la participation en tant qu'*amicus curiae* (17/03/2006), paragraphe 18 CIRDI.

conscience à l'égard des impératifs non strictement économiques. C'est ainsi que la problématique du rééquilibrage de la promotion et de la protection de l'investissement avec les préoccupations d'intérêt général a peu à peu gagné le terrain de l'investissement international. La remise en cause de nombreuses sentences arbitrales sur le pouvoir de réglementation de l'État¹⁵⁰ couplée à la crise de légitimité à laquelle était confronté le droit international des investissements¹⁵¹ ont mis en exergue la nécessité de s'ouvrir à des perspectives non économiques¹⁵² et de considérer les préoccupations d'intérêt général.

B- Considérations d'intérêt général et questions substantielles de protection de l'investissement

Le droit international des investissements est ainsi devenu peu à peu perméable aux préoccupations d'intérêt général des États hôtes. Celles-ci constituaient le socle des arguments

¹⁵⁰ *Azurix Corporation c. Argentine*, (2006) ARB/01/12, Décision sur la compétence du 8 décembre 2003, § 95 et sentence CIRDI du 14 juillet 2006, §254 et 310 - 313; *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivie*, (2005) ARB/02/3, CIRDI.

¹⁵¹ Susan De Franck, « the legitimacy crisis in investment Treaty arbitration : privatizing public international law through inconsistent decisions », *Fordham Law review* 2005, vol.73, pp.1521-1625; Charles N, Brower et Stephan W Schill, « Is arbitration a threat or a boom to the legitimacy of international investment law? », *Chicago Journal of international law* 2008, vol. 9, pp. 471-498; Charles N Brower, Michael Ottolenghi et Peter Prows, « The saga of CMS: Res Juridica, Precedent and the legitimacy of ICSID Arbitration », *Dans* Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch and Stephan Wittich (eds), *International Investment Law for the 21 st Century- Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford scholarship online, 2009, pp. 843-864; Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo Hwa Chung et laire Balchin, *The Backlash Against Investment arbitration: Perceptions and Reality*, London, Kluwer Law International, 2010, p.614.

¹⁵² Saida Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » *supra* note 99; Walid Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » *supra* note 113.

avancés tant par les pays en voie de développement¹⁵³ que par les pays développés¹⁵⁴ pour se défendre devant les tribunaux arbitraux. La discipline des investissements se trouve aujourd'hui traversé « par des aspirations d'intérêt général, notamment le respect de l'environnement, mais aussi de la personne humaine et de ses droits, surpassant parfois les droits économiques de l'investisseur »¹⁵⁵. Si les préoccupations d'intérêt général en termes de droits de l'homme avaient été traitées de manière indépendante des règles régissant les investissements internationaux, les rapports entre ces droits (droits de l'homme, droit de l'environnement) ont cependant évolué. Il est apparu nécessaire de coordonner ces différentes branches du droit dans le but de mieux encadrer l'activité des investisseurs internationaux. La notion d'intérêt général se traduirait ainsi en droit international des investissements en des préoccupations non strictement économiques des États hôtes.

¹⁵³ Le gouvernement sud-africain a souligné la notion en ces termes: « *One of the most fundamental elements of state sovereignty is both the right and the duty of governments to regulate economic activities and actors in the broader public interest [. . .] Investment promotion and protection must not be pursued at the expense of other key policy objectives* », voir le Ministère du commerce et de l'industrie du Gouvernement sud-africain, en ligne <<http://www.dti.gov.za/default.jsp>. Voir aussi, Kyla Tienhaara, « Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments » (2007) 16: 2 RECIEL 230 à la p18 qui considère que « *In this view, it is the respondent State that should act in the public interest, and there is no further need for any other actor to do so* ».

¹⁵⁴ *Ethyl Corporation c Canada* (1999) 16 : 3 Journal of International Arbitration, p. 149 et s. La société Éthyl, une entreprise américaine ayant investi au Canada, s'est fondée sur le chapitre 11 de l'ALENA pour attaquer une loi canadienne interdisant l'importation d'un additif à l'essence (le MMT). Or, la filiale canadienne d'Éthyl importait ce produit chimique depuis les États-Unis pour le mélanger à l'essence avant de la distribuer au Canada. Pour cette dernière, le préjudice qui résultait de cette interdiction pour ses activités équivalait à une expropriation. Le Canada justifiait cette interdiction par les risques environnementaux et sanitaires sur ses populations. La mesure de l'interdiction ne visait pas *à priori* l'investisseur étranger car il n'était pas le premier destinataire de cette loi. Il en était une victime collatérale. L'affaire a été finalement réglée à l'amiable entre les parties avant la survenance d'une sentence sur le fond. Voir le site internet de Affaires étrangères et commerce international du Gouvernement du Canada, <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/ethyl-05.pdf>>.

¹⁵⁵ Olivia Danic, « *Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement* », dans Charles Leben, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pedone, p. 533.

Cela ne veut pas dire que les enjeux de développement n'interviennent pas. Bien au contraire, il semble réducteur aujourd'hui de définir le développement à l'aune de la seule croissance économique¹⁵⁶. D'autant plus que le lien entre développement et investissement n'apparaît plus aussi évident¹⁵⁷. Même si la productivité est accrue avec les flux d'investissement, l'impact demeure relatif sur le développement humain¹⁵⁸. La prise en compte de facteurs humains et environnementaux dans les projets d'investissement a abouti à l'émergence du DD. Loin de rendre anachronique la dimension économique du développement, le développement durable juxtapose développement économique, protection de l'environnement et protection sociale. La recherche du développement économique doit respecter la protection environnementale et sociale en tenant compte des générations futures¹⁵⁹. En dépit du développement dont il fait l'objet, le DD demeure une thématique nébuleuse dont les contours juridiques ne sont pas faciles à cerner¹⁶⁰. La composante environnementale du DD

¹⁵⁶ Walid Ben Hamida « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » supra note 103, p.999-1033.

¹⁵⁷ Voir les études économétriques menées sur l'impact des traités bilatéraux d'investissement, CNUCED, *Bilateral Investment Treaties in the mid- 1990s*, UNCTAD/ITE/IIT/7, Publications des Nations Unies, Genève, 1998, XII p. 305; Hallward M Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties attract Foreign Direct Investment? Only a bit and they could bite*, World Bank, Policy Research Working, Paper N° 3121, Washington, 2003, p.36; Eric Neumaye et Laura Spess, « Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign direct investment to developing countries? » (2005) 33: 10 *World development*, p. 1567- 1585, en ligne [http://eprints.lse.ac.uk/627/1/World_Dev_\(BITs\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/627/1/World_Dev_(BITs).pdf), consulté le 16 octobre 2018; Jeswald W Salacuse et Nicholas P Sullivan, « Do BITs really work : an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain » (2005) 46 *Harvard International Law Journal*, p. 67-136.

¹⁵⁸ Ferhat Horchani « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation » *JDI* (2004) p.367-418 spéc. p. 412 : « Au nom de la protection des droits des investisseurs étrangers prévue par l'accord, les politiques publiques des États sont remises en cause dans des domaines sensibles tels que l'environnement, de l'eau, de la santé des populations ». Voir aussi, Mohammed. A. Bekhechi, « Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents » dans Michel Virally, *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Paris, Pedone, 1991, pp. 109- 124, spéc. p.118.

¹⁵⁹ Nitish Monebhurrin, *La fonction du développement en droit international de l'investissement*, supra note 146.

¹⁶⁰ Chantal Cans, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences » (2003) 5 *Actualités juridiques du droit administratif*, p.210 et s; William Bourdon, *Face aux crimes du marché. Quelles armes juridiques pour les citoyens?* Paris, La Découverte, 2010, p. 82; Serge Latouche, « Développement durable, un concept alibi » (1994) 137 *Revue tiers monde*, pp. 77-94, https://www.persee.fr/doc/tiers_0040-7356_1994_num_35_137_4851.

est davantage palpable en droit international de l'investissement et prédomine sur les autres aspects sociaux et de développement économique. Le DD est ainsi plus ou moins assimilé à la protection de l'environnement alors qu'il va bien au-delà.

De ce qui précède, il ressort que l'évolution de la notion d'intérêt général en droit international des investissements est marquée par l'émergence et l'épanouissement du concept de développement durable qui se retrouve d'une certaine manière dans la perspective des droits de l'homme. Que ce soit la protection de l'environnement ou celle des communautés locales dans le secteur minier, les droits de l'homme s'y retrouvent parfaitement. Ces derniers s'attachent « à la protection de l'ensemble des droits et libertés fondamentales inhérents à la dignité de la personne humaine et qui concernent tous les êtres humains »¹⁶¹. Certaines affaires ont d'ailleurs fait apparaître les rapports entre le droit international des investissements et les droits humains¹⁶². Dans l'affaire qui opposa l'Argentine à l'entreprise Saur international SA, la question du droit à l'eau comme droit humain a fondé les allégations de ce pays. L'entreprise SAUR qui avait remporté un appel d'offres de privatisation de la société publique de traitement et de distribution d'eau reprochait à l'Argentine de n'avoir pas comblé ses attentes légitimes en ce qui concerne les pertes subies à la suite de la crise financière du pays. Même si le tribunal n'a pas retenu les allégations de l'Argentine en termes de droits humains, les rapports avec l'investissement international étaient bien établis.

¹⁶¹ Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, XLI- 1198 p. 396.

¹⁶² *Glamis Gold, Ltd. c États-Unis d'Amérique* (2009) sentence CNUDCI; *SAUR International SA c Argentine, CIRDI* (2016) ARB/04/4 CIRDI. Pour un ouvrage sur ces questions, voir Pierre Marie Dupuy, Frances Francioni et Ernst Ulrich Petersmann, *Human Rights in international investment law and arbitration*, Oxford University Press, 2009, p.646.

La notion d'intérêt général dans le cadre de cette étude se traduirait par des préoccupations non strictement économiques en termes de droits humains ainsi que de développement durable. Une telle conception de la notion d'intérêt général a commencé à faire son apparition dans les accords d'investissement au titre des objectifs de ces traités d'investissement. Il en est ainsi du préambule du modèle américain de traités d'investissement de 2012 qui insiste sur la volonté commune des parties : « *desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights* ». De même, le modèle norvégien de 2007 consacre plusieurs alinéas de son préambule à la protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement, des droits de l'homme, le développement durable, la responsabilité sociale des entreprises¹⁶³. Bien que la valeur juridique exacte de ces préambules reste indéterminée, ils symbolisent un élément d'interprétation permettant aux arbitres de mieux prendre en compte les enjeux d'intérêt général¹⁶⁴. Une telle conception de la notion d'intérêt général peut apparaître antinomique aux intérêts de l'investisseur étranger et à l'approche utilitariste de l'intérêt général. Notre démarche dans cette recherche vise une politique d'équilibre entre promotion, protection

¹⁶³ Le préambule du modèle norvégien de 2007 se lit ainsi : « *Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety and the environment, and the promotion of internationally recognized labour rights; Desiring to contribute to a stable framework for investment in order to maximize effective and sustainable utilization of economic resources and improve living standards; (...) Emphasizing the importance of corporate social responsibility; Recognizing that the development of economic and business ties can promote respect for internationally recognized labour rights; (...) Recognizing that the promotion of sustainable investments is critical for the future development of national and global economies as well as for the pursuit of national and global objectives for sustainable development, (...) Recognizing that the provisions of this agreement and provisions of international agreements relating to the environment shall be interpreted in a mutually supportive manner; Determined to prevent and combat corruption, including bribery, in international trade and investment; Recognizing the basic principles of transparency, accountability and legitimacy for participants in foreign investment processes*».

¹⁶⁴ Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Par rapport au préambule, il a été pris en compte dans l'affaire *Compana de Aguas del aconquija SA et Vivendi Universal c. Argentine* (2007) ARB/97/3, § 7. 4.4, CIRDI. Voir aussi, Paul Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, p. 1709, spec. 146-147; Olivia Danic, « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », dans Charles Leben, supra note 155, p.539.

de l'investissement international avec les préoccupations d'intérêt général des États d'accueil. Mettre au cœur des politiques de promotion et de protection de l'IDE, la sauvegarde de l'intérêt général résulte d'une coordination harmonieuse et équilibrée entre préoccupations de l'investisseur étranger et celles de l'État hôte de l'investissement.

L'intérêt général représente ainsi un agencement coordonné entre des intérêts *a priori* incompatibles, entre approche volontariste et celle utilitariste. Uniquement focalisé sur les préoccupations d'intérêt général des États, le droit international des investissements perdrait sa raison d'être. De la même manière, il serait irréaliste qu'il continue à surprotéger les intérêts de l'investisseur étranger. Toutes les deux parties prenantes ont besoin que leurs droits et intérêts soient sauvegardés. Cette recherche d'équilibre révèle toute l'actualité dont fait preuve la discipline de l'investissement. L'intégration progressive des préoccupations d'intérêt général en droit international des investissements témoigne d'une avancée spectaculaire. Une telle évolution si elle n'est pas qualifiée de révolutionnaire, a commencé peu à peu à émerger dans la jurisprudence arbitrale avant de gagner le terrain de la voie conventionnelle.

Paragraphe 2 : Les principales techniques de prise en compte de l'intérêt général en droit international des investissements

La jurisprudence (A) a permis d'une part, l'intégration progressive des préoccupations d'intérêt général en droit international des investissements et d'autre part, le mécanisme conventionnel (B) est intervenu pour consolider les prémisses d'ores et déjà posées.

A- La voie jurisprudentielle

Les arbitres ont souvent fait preuve d'ouverture en tenant compte des enjeux d'intérêt général dans leurs décisions ou dans leur raisonnement visant l'application de certaines

dispositions en droit international des investissements. L'on se focalisera essentiellement sur la question de la qualification de l'expropriation indirecte qui a fait l'objet de plusieurs sentences en adéquation avec les préoccupations non économiques. En outre, il est important de souligner que la question de la protection de l'intérêt général a été invoquée par les tribunaux dans d'autres contextes, par exemple, lorsqu'il s'agissait d'apprécier les circonstances analogues dans l'application du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée. Certains arbitres ont recherché s'il existait un élément d'intérêt général justifiant un traitement différencié pour vérifier l'hypothèse de la comparaison entre les deux investissements¹⁶⁵. L'affaire *Parkerings compagniet AS c Lituanie*¹⁶⁶ constitue une illustration de l'utilisation de l'intérêt général comme critère d'évaluation de la similitude des situations¹⁶⁷.

Dans cette affaire qui opposait une société de nationalité norvégienne *Parkerings Compagniet AS* à l'État de Lituanie, ladite société avait remporté un appel d'offre pour construire un vaste complexe de stationnement à Vilnius. Mais très vite, cette ville a décidé de résilier le contrat qui le liait à *Parkerings Compagniet AS* en raison de modifications législatives sur le partage des droits d'entrée du stationnement d'une part. D'autre part, la Commission nationale de protection des monuments a soulevé l'impact négatif que la construction du projet de stationnement pourrait avoir sur le patrimoine de la vieille ville de Vilnius. La Lituanie n'a été retenue responsable d'aucune des violations alléguées par *Parkerings* dans le cadre du TBI

¹⁶⁵ Claire Crepet Daigremont, « Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale récente relative à l'investissement international », dans Charles Leben (dir), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement- Nouveaux développements*, Paris/Louvain-la neuve, LGDJ/Anthemis, 2006, pp. 107-162.

¹⁶⁶ *Parkerings Companiet AS c Lituanie* (2007) ARB/05/8, §362 CIRDI.

¹⁶⁷ Kate miles, « sustainable development, national treatment and like circumstances in Investment law » dans Cordonnier Segger, M. W. Gehring, A. Newcombe, *Sustainable Development in World investment law*, La Haye, Kluwer, 2011, pp.265 et s.

entre la Norvège et la Lituanie. Une de ses violations alléguées par l'investisseur portait sur celle de la clause de la nation la plus favorisée, en faisant un parallèle entre le traitement qu'il a reçu et celui d'une entreprise néerlandaise. Toutefois, il est apparu que certains éléments étaient complètement différents, notamment, l'opposition du public au projet de *Parkerings Compagniet AS*. Cette opposition se fondait sur des raisons environnementales et archéologiques car ce projet avait des incidences sur la vieille ville telle que définie par l'UNESCO. Les questions environnementales et archéologiques évoquées relèvent des préoccupations d'intérêt général de la Lituanie.

Cependant, l'appréciation de la jurisprudence quant à la similitude des situations demeure fluctuante dans la mesure où certains tribunaux « considéraient que des investisseurs agissant sur des marchés totalement distincts étaient dans la même situation¹⁶⁸ alors que d'autres ont conclu que des opérateurs œuvrant ensemble dans le cadre du même projet n'étaient pas dans des circonstances similaires »¹⁶⁹. Cela ne permet pas d'en tirer des conclusions en ce qui concerne l'état de la jurisprudence.

La jurisprudence arbitrale a été par ailleurs marquée par l'émergence de la qualification de l'expropriation indirecte. Elle peut y apparaître comme une motivation légitime à condition que la mesure adoptée soit proportionnée¹⁷⁰. La question de l'expropriation indirecte¹⁷¹ est

¹⁶⁸ *Occidental exploration and production Company c Equateur* (2004) §173.

¹⁶⁹ *Bayindir c. Pakistan* (2009) ARB/03/29, §402-411 CIRDI. Voir aussi, Olivia Danic, *Droit international des investissements, droits de l'homme et droit de l'environnement*, supra note 164.

¹⁷⁰ *Marvin Roy Feldman Karpa c Mexique* (2002) ARB/(AF)/99/1 CIRDI; *Methanex Corporation c États-Unis d'Amérique* (2005) CNUDCI.

¹⁷¹ L'expropriation peut revêtir plusieurs formes: une première a trait à la forme directe qui réalise un transfert effectif et officiel du titre de propriété ou d'une saisie physique pure et simple. La saisie aussi d'un titre légal de propriété constitue une expropriation indemnisable. Une deuxième forme résulte de l'ingérence d'un État dans l'utilisation de ce bien ou des avantages que celui-ci procure sans qu'il soit saisi ou que le titre légal de propriété soit affecté. Ces mesures prises par l'État ont pour effet de priver les investisseurs des droits qui s'attachent à leurs

complexe surtout quand elle se réfère au pouvoir souverain de réglementation de l'État. Elle peut résulter de n'importe quelle mesure prise par l'État dans le cadre de la réglementation des activités économiques se déroulant sur son territoire, même lorsque cette dernière ne vise pas directement un investissement. Cette forme d'expropriation est également désignée par l'expression de « mesures équivalentes à une expropriation »¹⁷² et n'entraîne pas le retrait du titre de propriété de l'investisseur. En effet, l'apparition de mesures réglementaires prises dans un contexte général et non discriminatoire par l'État pour préserver l'intérêt général¹⁷³ est assez innovante en matière d'expropriation indirecte. Ce que Suzy Nikiéma appelle des mesures horizontales qui « regroupent celles qui sont édictées à l'intention de n'importe quel opérateur économique sur le territoire et/ou visent le contexte économique général. La caractéristique fondamentale de la mesure horizontale est qu'elle ne vise pas l'investisseur dans sa situation particulière. Par conséquent, son but initial est extérieur à l'investisseur lésé »¹⁷⁴. Alors que les mesures adoptées par l'État et qui visent directement l'investissement ou l'investisseur ont fait l'objet de nombreuses sentences arbitrales à travers les affaires *Goetz c. Burundi*¹⁷⁵, *R.F.C.C.*

investissements. Dès lors, elles ont un effet analogue à celui d'une expropriation ou d'une nationalisation et l'on parle généralement dans ce cas d'expropriation indirecte, rampante, de fait ou de mesures équivalentes à une expropriation qui sont soumises au même régime juridique que l'expropriation directe. Voir OCDE, *L'expropriation indirecte et le droit de régler dans le droit international de l'investissement*, Paris, OCDE, 2004, p. 3-4; Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, supra note 5.

¹⁷² Suzy Nikiéma, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, supra note 139 à la p 2.

¹⁷³ Anna De Luca disait dans Giorgio Sacerdoti, Pia Acconci, Mara Valenti and Anna De Luca, *General interest of host States in international investment law*, New York, Cambridge University Press, 2014, p .60 : « An indirect expropriation substantially deprives the investors of the economical use and enjoyment of its property rights. Measures having that effect are indirect expropriation also when adopted in the form of a legislative enactment and aimed at pursue legitimate general interests ». Voir aussi Céline Levesque, « Distinction entre l'expropriation et la réglementation » (2003) 33 R.G.D.70.

¹⁷⁴ Suzy Henrique Nikiéma, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, supra note 139 à la p 35.

¹⁷⁵ *Antoine Goetz et autres c République du Burundi* (1999), supra note 34. In this case, an ICSID tribunal had to rule on the revocation, by the host State, of a free zone status accorded to a foreign investor. Although there had been no formal taking of property, the tribunal had no difficulty in finding that the government 's actions constituted a measure having effect similar to expropriation; Since the revocation of the minister for industry and commerce

*c. Maroc*¹⁷⁶, *Klockner c. Cameroun*¹⁷⁷; celles adoptées dans un contexte général demeurent une question majeure en droit international des investissements. Elles ont favorisé dans le cadre des dispositions du chapitre 11 de l'ALÉNA, une série de sentences retentissantes¹⁷⁸. D'après Dominique Carreau et Patrick Juillard, « il s'agirait de mesures générales qui seraient prises dans l'intérêt public et ne présenteraient aucun caractère discriminatoire, mais qui n'en lèseraient pas moins les intérêts économiques des investisseurs »¹⁷⁹.

Pour comprendre l'application de la question de l'expropriation indirecte par les tribunaux, deux théories aux fondements contradictoires furent développées. La première appelée celle de l'effet unique prend en compte comme critère de qualification de l'expropriation indirecte, l'impact économique subi par l'investisseur privé étranger quand une mesure d'intérêt général est adoptée par l'État. Les limites d'une telle théorie est qu'elle ne tient pas compte dans la qualification de l'expropriation indirecte du contexte, des motivations ainsi que des objectifs de la mesure adoptée par l'État. Une telle théorie a été appliquée à une série d'affaires, notamment, *SPPC c Égypte*¹⁸⁰, *Santa Elena c Costa-Rica*¹⁸¹, *Sempre Energy*

of the free zone certificate forced then to halt all activities, which deprived their investments of all utility and deprived the claimant investors of the benefit which they could have expected from their investments, the disputed decision can be regarded as a measure having similar effects to a measure depriving of or restricting property within the meaning of article 4 of the investment treaty».

¹⁷⁶ *RFCC c Maroc* (2003) ARB/00/6 CIRDI.

¹⁷⁷ *Klockner Industrie-Anlagen GmbH et autres c Cameroun et société camerounaise des engrais* (1983), ARB/81/2, sentence du 21 Octobre 1983 annulée par le comité ad hoc du 3 mai 1985, nouvelle sentence rendue le 26 Juin 1988 CIRDI.

¹⁷⁸ La question d'expropriation indirecte a été invoquée dans le cadre des sentences: *SD Myers c Canada* (2000) CNUDCI; *Pope and Talbot c Canada* (2000) CNUDCI.

¹⁷⁹ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, supra note 8 à la p 571.

¹⁸⁰ *Southern Pacific Properties (Middle East) limited c Égypte* (1993) ARB/8/3/, opinion dissidente, sentence CIRDI du 20 Mai 1992, § 226 ICSID Review 1993, p. 328.

¹⁸¹ *Compana Del Desarrollo de Santa Elena SA c CostaRica*, (2000) ARB/ 96/1, §192 CIRDI, « Expeutory environmental measures no matter how laudable and beneficial to society as a whole are in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestics or international, the state's obligation to pay compensation remains».

*international c The Argentine Republic*¹⁸². Dans la perspective de la théorie de l'effet unique, les arbitres considèrent que même si la mesure se justifie par des considérations environnementales, elle peut être considérée comme expropriatrice et oblige à payer une indemnisation si elle a un impact économique important sur l'investisseur. Cette tendance a été également observée dans la sentence *MetalClad c Mexique*¹⁸³. L'arrêt précise que « l'expropriation inclut non seulement la confiscation de la propriété de façon ouverte et délibérée en connaissance de cause ou le transfert formel du titre de propriété en faveur de l'État récepteur, mais également une interférence dissimulée ou incidente sur l'usage de la propriété qui a pour effet de priver, totalement ou en partie le propriétaire de l'usage du bénéfice économique qu'il pouvait espérer de cette propriété »¹⁸⁴.

La deuxième théorie qualifiée de « pouvoir de police » s'attache à la finalité poursuivie par la mesure adoptée par l'État sans tenir compte de l'effet de cette mesure sur l'investissement. Elle vise à assurer une meilleure intégration des préoccupations d'intérêt général en reconnaissant le pouvoir souverain de réglementation de l'État. Cette théorie permet de rechercher si la restriction ou privation quant aux intérêts économiques de l'investisseur est motivée par un intérêt légitime (l'environnement, la santé publique)¹⁸⁵. Si une restriction est motivée par un intérêt légitime et que cette restriction est proportionnelle, il n'y a pas

¹⁸² *Sempra Energy international c The Argentine Republic* (2007) ARB/02/16, CIRDI, The tribunal stated that « a finding of indirect expropriation would require more than adverse effect. It would require that the investor no longer be in control of its business operations or that the value of the business have been virtually annihilated ». Voir Anna De Luca, « indirect expropriation and regulatory takings: what role for the legitimate expectation of foreign investor? » dans Giorgio Sacerdoti, Pia Acconci, Mara Valenti and Anna De Luca, *General interest of host States in international investment law*, supra note, p.60-61.

¹⁸³ *Metalclad c Mexique* (2000) ALENA, §.29, §35, §43.

¹⁸⁴ Ibid. Voir aussi, en ligne, <https://france.attac.org/nos-publications/notes-et-rapports-37/articles/le-centre-international-de-reglement-des-differends-sur-linvestissement-cirdi>.

¹⁸⁵ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, supra note 8.

d'expropriation indirecte. Ce critère a été suivi par certains tribunaux arbitraux notamment dans les affaires *SD Myers Inc c. Canada*¹⁸⁶. Le tribunal y a conclu que « the general body of precedent usually doesn't treat regulatory actions as amounting to expropriation »¹⁸⁷. L'affaire *Methanex c États Unis d'Amérique*¹⁸⁸ en constitue également une bonne illustration.

Le choix entre l'un ou l'autre de ces critères n'est pas aisée dans la mesure où le critère de l'effet unique est initialement « conçu en fonction de la seule prise en compte de l'intérêt de l'investisseur alors que le second se concentre sur celui de l'État hôte »¹⁸⁹. Or, il ressort de la question de l'expropriation indirecte, la nécessité de prendre en considération d'un côté, la protection de l'investisseur et de l'autre, le devoir de l'État de prendre des mesures législatives ou réglementaires pour garantir l'intérêt général. Toute la difficulté de la question réside au niveau de l'indemnisation. S'il semble admis, que toutes les mesures d'ordre général prises par

¹⁸⁶ *SD Myers c Canada*, supra note 34; Dans cette affaire, une entreprise américaine, spécialisée dans le traitement et l'élimination des déchets de BCP, a déposé une plainte en 1998 en soutenant que l'interdiction par le Canada des exportations de déchets de BCP du Canada vers les USA à la fin de 1995 enfreignait les obligations de ce pays au titre du chapitre 11 de l'ALENA. Le tribunal rendant son jugement en Novembre 2000 a statué que les mesures canadiennes avaient enfreint deux des quatre obligations au titre du chapitre 11 de l'ALENA. Voir des détails sur http://www.icim.uqam.ca/IMG/pdf/Chro_IMP1.pdf. Le tribunal a aussi ajouté que « afin de savoir si l'ordre intérimaire équivaut à une expropriation, le tribunal arbitral a eu l'occasion d'interpréter l'article 1110 de l'ALENA. De ce fait, il souligne que l'expropriation par une autorité gouvernementale peut être de facto ou de jure, partielle et temporaire. L'expropriation indirecte nécessite l'évaluation d'une mesure, et ses effets doivent équivaloir à ceux de l'expropriation directe. Bien que l'ordre intérimaire impose des restrictions à SD Myers, il faut également établir une perte d'occasions d'affaires et l'effet réel de cette mesure. En pratique l'ordre intérimaire n'a pas permis au Canada de profiter d'un quelconque bénéfice. De plus, l'occasion d'affaires a simplement été reportée car l'ordre intérimaire n'était pas permanent. Le tribunal arbitral a conclu que « l'ordre intérimaire n'équivaut pas à une expropriation prohibée par l'article 1110 de l'ALENA ». Voir Denis Lemieux et Sabine Mekki, « la révision judiciaire en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (Canada c. SD Myers) » (2004) 45 : 4 Les Cahiers de Droit, p.791-820, en ligne <http://www.erudit.org/revue/cd/2004/v45/n4/043816ar.pdf>.

¹⁸⁷ Saida El Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » supra note 99 à la p 551.

¹⁸⁸ *Methanex Corporation c USA* (2005) UNCITRAL, en ligne <https://www.italaw.com/cases/683>, consulté le 05 janvier 2018.

¹⁸⁹ Pierre Marie Dupuy et Yannick Radi, « Le droit de l'expropriation directe et indirecte » dans Charles Leben (s), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, supra note 29, p. 396.

l'État n'engendrent pas une expropriation indirecte¹⁹⁰, il faudrait déterminer quelle mesure générale adoptée par l'État pour sauvegarder l'intérêt général des populations, est susceptible d'aboutir à une expropriation et d'ouvrir droit à une indemnisation? Ou encore dans quelles conditions une mesure de réglementation publique sera indemnisable au titre d'une expropriation indirecte ou ne le sera pas? Les tribunaux arbitraux sont confrontés à cette difficulté de pouvoir déterminer les critères selon lesquels ils pourront se fonder pour indemniser ou pas l'investisseur étranger, victime de ces atteintes indirectes¹⁹¹.

Le critère de la proportionnalité a pu mieux incarner cette recherche de conciliation entre droits de l'investisseur avec les préoccupations non économiques. L'affaire *Tecmed* illustre parfaitement ce critère de mise en évidence d'une expropriation indirecte :

«After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the arbitral tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality. Although the analysis, starts at the due diligence owing to the State when defining the issues that affects its public policy or the interests of society as a whole, as well as the actions that will be implemented to protect such values, such situation does not prevent the arbitral Tribunal (...) from examining the actions of the State (...) to determine whether such measures are with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered

¹⁹⁰ Les tribunaux arbitraux admettent que certaines réglementations étatiques, même préjudiciables aux activités d'investissement, ne sont pas des expropriations indirectes. Cette catégorie couvre généralement les réglementations en vue de la protection de l'intérêt général, qu'il s'agisse de l'ordre public, la moralité publique, la santé publique, la sécurité nationale, les droits de l'homme, ou la sauvegarde de l'environnement. Voir Suzy Henrique Nikiéma, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, supra note 139 à la p 5.

¹⁹¹ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, supra note 8.

such deprivation. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the action of the state and whether such deprivation was compensated or not (...) it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that affect it »¹⁹².

L'affaire Tecmed concerne un investissement espagnol au Mexique dans le domaine du traitement de déchets. Le différend est né à la suite du refus de non- renouvellement du permis d'exploitation de l'investisseur par l'Institut national d'écologie du Mexique. L'investisseur a présenté sa requête auprès du tribunal en se fondant sur plusieurs arguments, notamment, l'expropriation et la violation de la clause du traitement national ainsi que de celle de la nation la plus favorisée. L'État défendeur justifiait le non renouvellement du permis par souci de la protection de l'environnement et de la santé publique sur son territoire. Par la suite, il s'est avéré que la fermeture du site était davantage liée à des raisons politiques qui ont motivé quelques manifestations contre le site. Le tribunal arbitral a fait droit à la demande de l'investisseur en reconnaissant une expropriation indirecte et un traitement injuste et inéquitable. Les arbitres ont argué du fait que l'invocation de la protection de l'environnement par l'État implique la bonne foi de l'État défendeur¹⁹³ dans ce cas d'espèce.

La position du tribunal dans l'affaire *Glamis Gold c États-Unis d'Amérique*¹⁹⁴ témoigne également de la prise en compte du test de proportionnalité pour la qualification de l'expropriation indirecte. Dans cette affaire, un investisseur canadien (*Glamis*) avait déposé une

¹⁹² *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c États-Unis du Mexique (2003) CIRDI.*

¹⁹³ Nitish Monebuhun, *La fonction du développement en droit international des investissements*, supra note 146, p.396.

¹⁹⁴ *Glamis Gold c États-Unis d'Amérique (2009) CNUDCI.*

plainte contre les États-Unis d'Amérique à la suite d'une obligation de remblayer une troisième mine. L'investisseur fonda sa requête sur l'article 1110 de l'ALENA portant sur l'expropriation indirecte ainsi que l'article 1105 du même instrument sur la norme minimale de traitement. Le tribunal a estimé que la mesure n'entraînait pas de diminution suffisamment importante de la valeur du projet pour qu'elle puisse être considérée comme étant une expropriation. La mesure adoptée par l'État était dans une certaine mesure justifiée. Mais encore, il a estimé que les faits reprochés à l'État ne constituaient pas une violation de l'article 1105 se lisant comme suit : « chacune des parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre partie, un traitement conforme au droit international et une sécurité intégrale »¹⁹⁵. On comprendra dès lors que le critère de la proportionnalité constitue la tendance bien que la jurisprudence arbitrale demeure quelque peu fluctuante.

L'affaire *MetalClad*¹⁹⁶ et celle de *Santa Elena*¹⁹⁷ illustrent l'état de la jurisprudence qui n'est pas uniforme et demeure éclaté. Dans l'affaire *Metalclad*, l'investissement était relatif à l'exploitation d'un centre de déchets. L'investisseur s'était implanté dans la municipalité concernée avec l'aval des autorités publiques. Des études scientifiques déclaraient que le site de l'activité était approprié pour le traitement de déchets dangereux. Mais par la suite, le Gouverneur de la région concernée adopta un décret écologique portant zone naturelle pour la protection des cactus rares. Cette zone couvrait celle sur laquelle était situé le site d'exploitation de l'investisseur. Le Tribunal considéra que par ses actions ou inactions, le Mexique avait violé les droits de l'investisseur tels qu'ils figurent au sein de l'ALENA, notamment la clause du

¹⁹⁵ Article 1105 (1) de l'accord de libre-échange nord- américain (ALENA).

¹⁹⁶ *Metalclad Corporation c. Mexique* (2000) ARB (AF)/97/1 CIRDI.

¹⁹⁷ *Compania del desarrollo de Santa Elena S.A. c Costa Rica*, supra note.

traitement juste et équitable et celle sur l'expropriation. Cette sentence a fait l'objet de plusieurs critiques en raison de l'isolement des considérations environnementales du droit international des investissements¹⁹⁸.

Le tribunal arbitral dans l'affaire *Santa Elena c. Costa Rica* observe la même tendance de non reconnaissance des enjeux environnementaux. Dans cette affaire, la partie étatique avait été condamnée à payer une compensation à l'investisseur pour une mesure volontairement expropriatrice qui visait la protection environnementale d'un site. Le tribunal y affirma:

«While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.

Expropriatory environmental measures no matter how laudable and beneficial to society as a whole are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains»¹⁹⁹.

S'il est notable que ces deux affaires ne sont pas aussi récentes, il n'en demeure pas moins qu'elles excluent les problématiques d'intérêt général du champ des investissements internationaux. Face à l'incertitude de l'application conjointe du droit des investissements et des préoccupations d'intérêt général, les États se sont orientés vers leur intégration dans leurs traités

¹⁹⁸ Alain Prujiner, « L'expropriation, l'ALENA et l'affaire Metalclad » (2003) 5 International Law Forum de droit international, p.214.

¹⁹⁹ *Compania del desarrollo de Santa Elena S.A c. Costa Rica*, supra note 208.

d'investissement²⁰⁰. La voie conventionnelle fut ainsi préconisée pour compléter les velléités des arbitres en matière de protection de l'intérêt général.

B- La voie conventionnelle

Certains traités d'investissement ainsi que les dernières générations d'accords ont peu à peu commencé à s'intéresser aux préoccupations non strictement économiques. Dès lors que ces préoccupations deviennent des normes conventionnelles, elles s'imposent aux États mais aussi aux investisseurs étrangers. Elles peuvent ainsi être invoquées par la partie étatique dans un arbitrage soit dans un recours contre les personnes privées qui seraient à l'origine de leur violation, soit comme moyen de défense²⁰¹. Cela dénote de l'efficacité que peut recouvrir l'intégration de la question d'intérêt général dans les traités d'investissement. L'intégration des préoccupations d'intérêt général par la voie conventionnelle ne constitue certes pas une tendance généralisée, mais on pourrait espérer que c'est la direction qu'empruntera le droit international des investissements²⁰². Dans une étude menée sur mille six cents (1600) traités relatifs aux investissements en 2011, l'OCDE a constaté que cent trente-trois (133) accords, soit 8.2% d'entre eux, contiennent des références explicites à l'environnement²⁰³. Bien qu'il s'agisse encore d'une minorité, cela tend à augmenter.

²⁰⁰ Elisabeth Boomer, «Rethinking rights and responsibilities in Investor- State dispute settlement: some model international investment agreement provisions» (2014) 11: 1 Transnational Dispute Management, p.36.

²⁰¹ Walid Ben Hamida, « l'arbitrage État- investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé? » (2005) 7 : 4 International Law Forum du droit international, pp. 261-272.

²⁰² Olivia Danic, « Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational », supra note 155, p.567.

²⁰³ Katyn Gordon et Joachim Pohl, *Environmental concerns in International Investment Agreements: a survey*, OECD Working Papers, 2011, p.34, en ligne, https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2011_1.pdf, consulté le 15 novembre 2018.

Les exceptions ainsi que des exclusions aux clauses de protection des investissements ont été la première technique mise en avant pour permettre aux États de se libérer de certaines obligations du droit international des investissements en faveur de la protection de l'intérêt général. L'existence de ces exceptions limite l'étendue des droits dont bénéficie l'investisseur étranger. Les exceptions peuvent être d'ordre général ou d'ordre spécifique. Celles qui sont d'ordre général sont relatives à la protection de la sécurité de l'État²⁰⁴, au respect de l'ordre public ou encore des intérêts vitaux de l'État²⁰⁵. Les clauses de dérogation générales relatives à la sécurité ont donné lieu à des interprétations antinomiques dans certaines affaires impliquant l'Argentine. Dans les sentences *CMS c. Argentine*²⁰⁶ et *Enron c. Argentine*²⁰⁷, les tribunaux arbitraux n'ont pas reconnu la crise économique majeure que traversait l'Argentine comme étant couverte par une exception conventionnelle. Néanmoins dans les affaires *LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. et LG & E International inc. c Argentine*²⁰⁸, *Continental Casualty Company c. Argentine*²⁰⁹, les tribunaux ont adopté une conclusion contraire à celle qui vient d'être mentionnée, en excusant l'Argentine sur la base de la protection des intérêts essentiels. Le tribunal a précisé que la constatation d'un tel état exonérait l'Argentine de toute indemnisation²¹⁰.

²⁰⁴ Cette exception est fréquente dans les Traités d'investissements conclus par les États-Unis. Par exemple, le TBI États-Unis-Mozambique (1998) dispose dans son article XIV que: « *This Treaty shall not preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests* ».

²⁰⁵ Saida Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » *supra* note 109 aux pp 559-560.

²⁰⁶ *CMS Gas Transmission Company c Argentine Republic* (2005) ARB/01/8, § 304 à 394 CIRDI.

²⁰⁷ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c Argentine* (2007) ARB/01/3, § 288 à 345 CIRDI.

²⁰⁸ *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International Inc. c Argentine* (2006) ARB/02/1, § 201 à 266 CIRDI.

²⁰⁹ *Continental Casualty Company c. Argentine* (2008) ARB/03/9, § 160 et s CIRDI.

²¹⁰ *Théodore Christakis*, « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La décision du comité ad hoc dans l'affaire CMS c/ Argentine » (2007) *RGDIP*, p. 879 à 896; Julien

Le dernier modèle de traité canadien (2004)²¹¹ comporte également quelques dispositions relatives aux exceptions générales. L'article 10 alinéa 1 dudit traité « reprend la formulation du chapeau de l'article XX du GATT en excluant de la protection de l'intérêt général, la discrimination arbitraire ou injustifiée et les restrictions déguisées au commerce et à l'investissement international »²¹². L'article 1114 de l'ALENA relatif aux « mesures environnementales » prévoit qu'aucune disposition du chapitre 11 « ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement » et le texte ajoute dans son paragraphe 2 que « les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement ». Dans la même logique, l'article 2 du TBI Russie-Hongrie de 1995 dispose: « *this Agreement shall not preclude the application of either Contracting Party of measures, necessary for the maintenance of defence, national security and public order, protection of the environment, morality and public health* »²¹³.

Fourret, « CMS c LG&E ou l'état de nécessité en question » (2007) Rev. arb, p. 249 à 272; Michael Waibel «Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration : CMS and LG&E» (2007) Leiden Journal of International Law, p. 637 à 648; Katia Yannaca, « Small, Essential Security Interests under International Investment Law» dans OCDE, International Investment Perspectives : Freedom of Investment in a Changing World, 2007, p. 93.

²¹¹ Luke Éric Peterson, *Évaluation du modèle canadien 2004 de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) à la lumière des préoccupations de la société civile*, Canada's coalition to end global Poverty (ensemble pour éliminer la pauvreté dans le monde) CCIC, Juin 2006, en ligne http://www.ccic.ca/_files/fr/what_we_do/trade_2006-06_foreign_investment_memo_f.pdf; voir aussi http://www.ccic.ca/_files/fr/what_we_do/trade_2010-04_investmt_treaties_primer_f.pdf; Patrick Juillard et Dominique Carreau, Droit international économique, *supra* note 8 à la p 670.

²¹² Saïda Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » *supra* note 99 à la p 561.

²¹³ Walid B Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » *supra* note 13 à la p 7.

Il faudrait cependant noter que ces exceptions sont soumises à une double condition, d'une part, qu'elles ne constituent pas une discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international et d'autre part, qu'elles soient soumises au principe de proportionnalité²¹⁴. L'annexe B du modèle américain de protection des investissements précise que « except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory action by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation »²¹⁵. De même, le modèle norvégien de 2007 consacre une section entière de son accord aux exceptions. La disposition de cette section est relative aux exceptions générales :

« Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary: to protect public morals or to maintain public order; to protect human, animal or plant life or health; to secure compliance with laws and regulations that are not consistent with the provisions of this agreement; for the protection of natural treasures of artistic, historic or archaeological value; or for the protection of the environment »²¹⁶.

²¹⁴ Charles Leben (dir), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pedone, 2015, P.568.

²¹⁵ Voir l'annexe B du modèle américain de Traité bilatéral de protection des investissements. D'autres pays au-delà des Amériques ont voulu sauvegarder la même tendance, on peut citer l'Accord Inde - Singapour signé le 29 Juin 2005 qui reprend dans une note interprétative relative à l'expropriation, les exceptions relatives aux « legitimate public welfare objectives ».

²¹⁶ Article 24 du modèle norvégien de 2007

Au-delà des exceptions, des exclusions sont parfois prévues par les États qui restreignent la marge de manœuvre des arbitres. A titre illustratif, le TBI Canada- Perou exclut expressément l'environnement de leurs clauses relatives à l'interdiction des contraintes d'exploitation :

« L'alinéa 1 f) n'a pas pour effet d'interdire les mesures qui prescrivent aux investissements d'utiliser une technologie conforme à des exigences d'application générale en matière de santé, de sécurité ou d'environnement »²¹⁷.

Parallèlement, les États tentent de définir les notions telles que l'investissement, l'expropriation indirecte, ou encore le traitement juste et équitable. Ces définitions peuvent permettre l'exclusion de mesures de régulation de l'environnement ou des droits de l'homme du champ du droit international des investissements. Cela permet de mieux distinguer les expropriations indirectes de l'exercice légitime de la liberté normative de l'État. Le tribunal statuant dans l'affaire Methanex a affirmé que « it is a principle of customary international law that, where economic injury results from bona fide regulation within the police powers of a State, compensation is not required »²¹⁸. Cette reconnaissance de la liberté normative permet d'exclure la qualification d'expropriation pour les mesures prises en vue de protéger l'environnement, la santé et la sécurité. L'article 13 (1) du dernier modèle canadien de Traité de protection des investissements définissant les trois conditions en matière d'expropriation indirecte, précise que:

« sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne

²¹⁷ Article 7 paragraphe 2 du TBI Canada/Perou, Hanoi 2006

²¹⁸ *Methanex c États-Unis d'Amérique* (2005), partie IV, ch, C, p.11, paragraphe 24 CNUDCI.

constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement »²¹⁹.

Au-delà de ces clauses d'exceptions générales et particulières ou de certaines exclusions, les traités relatifs aux investissements s'orientent vers l'intégration spécifique d'obligations relatives aux préoccupations d'intérêt général en droit international de l'investissement. Au-delà de l'article 1114 de l'ALENA, les accords conclus par les États-Unis d'Amérique intègrent une telle référence depuis 2004²²⁰. Le modèle américain de 2012 va au-delà en important les normes du droit de l'environnement dans le champ du droit des investissements : « *The parties recognize that their respective environmental laws and policies, and multilateral environmental agreements to which they are both party, play an important role in protecting the environment* »²²¹. D'autres États ont suivi cette tendance. L'article VIII du modèle colombien de 2008 prévoit :

« Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure that it considers appropriate to ensure that an investment activity in its territory is undertaken in accordance with the environmental law of the Party, provided that such measures are proportional to the objectives sought »²²².

²¹⁹ Saida Boudouhi, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » *supra* note 103 à la p 556.

²²⁰ L'article 12 du Modèle de 2004 dispose que « rien dans ce traité ne pourra être interprété comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs compatible avec le présent traité, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière sensible aux préoccupations environnementales ».

²²¹ Article 12, §4 du modèle américain de 2012.

²²² Article 2 de l'accord entre la Russie et la Hongrie de 1995; Article 12 de l'accord entre l'Inde et la République tchèque de 1996 et l'Accord entre l'Afrique du Sud et Madagascar de 2006.

C'est dans cette perspective que de nouvelles orientations liées à la protection de l'intérêt général dans les traités d'investissements s'épanouissent comme des thèmes liés à l'éthique des affaires, les normes sociales, le respect des droits de l'homme. L'accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou²²³ comporte un chapitre sur les investissements qui aborde la thématique de « la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) ». L'article 810 dudit accord dispose que : « chaque Partie devrait encourager les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa juridiction à intégrer volontairement des normes de responsabilité sociale des entreprises (RSE), internationalement reconnues dans leurs politiques internes, telles que des déclarations de principes qui ont été approuvées ou qui sont appuyées par les Parties »²²⁴.

Il en résulte que plusieurs États incluent aujourd'hui dans leurs traités d'investissement des dispositions relatives aux préoccupations non strictement économiques. Cependant, une majorité de traités ne contiennent pas encore de telles dispositions, en l'occurrence, ceux élaborés par les pays européens à l'exception de la Norvège et de l'Union belgo-luxembourgeoise²²⁵. L'espoir d'une évolution positive du droit international des investissements en matière de mention liée à la protection de l'intérêt général dans les traités d'investissement

²²³ Accord du 29 mai 2008, disponible sur le site <http://www.international.gc.ca>.

²²⁴ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, *supra* note 8.

²²⁵ L'article 11 du TBI Union belgo-luxembourgeoise/ Barbade, 2009 dispose que : 1- Reconnaisant que chaque partie contractante a le droit de fixer son propre niveau de protection de l'environnement et de définir ses politiques et priorités en matière d'environnement et de développement, ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence ses lois *ad hoc*, chacune des Parties contractantes veillera à ce que sa législation garantisse les niveaux de protection de l'environnement convenus à l'échelon international et mettra tout en œuvre en vue d'améliorer constamment ladite législation; 2. Les Parties contractantes reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'Assouplir sa législation nationale en matière d'environnement aux fins d'encourager les investissements. A cet égard, chacune des Parties contractantes veillera à ce qu'il ne soit pas accordé d'exemption ni dérogé d'aucune autre façon à ladite législation, pas plus qu'il ne soit offert de possibilité d'exemption ou autre dérogation aux fins d'encourager la constitution, l'entretien ou l'expansion d'un investissement sur son territoire. 3. Les Parties contractantes réaffirment les engagements auxquels elles ont souscrit dans le cadre d'Accords internationaux en matière d'environnement. Elles veilleront à ce que lesdits engagements soient pleinement reconnus et appliqués dans leur législation nationale ».

reste fort souhaitable. Nous sommes d'avis avec Walid ben Hamida que les pays d'accueil des investissements devraient apprendre à davantage influencer le droit des investissements à titre préventif « en précisant le contenu des règles de fond et des règles de procédure applicables »²²⁶. L'évolution de la prise en compte de l'intérêt général dans les règles substantielles de protection de l'investissement n'est pas perceptible dans le contexte des États en voie de développement, notamment, les pays africains, et concerne davantage les pays exportateurs de capitaux. Les traités internationaux d'investissement que ces pays ratifient comportent de nombreuses dispositions qui marginalisent la protection de l'intérêt général, alors que ce sont des enjeux capitaux pour les pays africains, hôtes d'importants investissements internationaux. Ces questions relèvent de la souveraineté des États de prendre des dispositions en vue de sauvegarder leur stabilité financière, de stimuler le développement économique ou de protéger leurs intérêts non économiques. Bien que ces mesures puissent entrer en conflit avec des droits garantis aux investisseurs étrangers dans le cadre des traités internationaux d'investissement, les pays africains en particulier doivent tenir compte de cette avancée en vue d'une renégociation de leurs traités d'investissement.

Il est primordial que les États africains renforcent les traités d'investissement qu'ils signent avec les pays du Nord dans le sens d'une meilleure protection de l'intérêt général. Cela est d'autant plus important que la formulation de l'intérêt général de la majorité des pays africains dans le cadre de leurs Traités bilatéraux d'investissement n'est pas suffisamment claire, sa prise en compte est dès lors déficitaire et la jurisprudence y applicable (CIRDI) semble

²²⁶ *Ibid.* aux pp 22- 23.

éclatée²²⁷. Des rapports asymétriques entre pays développés et États hôtes d'investissement caractérisent les traités d'investissement entre ces parties avec une protection de l'intérêt général quasi inexistante. Les législations minières nationales des États riches en ressources naturelles en Afrique portent les germes du même déséquilibre. Les pays africains qui accueillent les investissements internationaux dans le secteur minier en attendent des retombées économiques afin de soutenir leur développement économique et social. Pourtant, l'exploitation minière dans ces pays est souvent assimilée à « un pillage des ressources naturelles » et les populations locales sont bien souvent impuissantes en vue d'infléchir la situation en leur faveur. Pour ainsi bien comprendre les enjeux de l'industrie minière malienne, il apparaît important d'analyser les interactions entre intérêt général et investissement international dans le secteur minier.

Paragraphe 3 : Interactions entre Intérêt général et investissement international dans le secteur minier malien

Si l'intérêt général et le droit international de l'investissement entretiennent des rapports étroits, il en est de même dans le contexte minier de manière générale. On dira même que la sauvegarde de l'intérêt général y apparaît davantage capitale au regard de l'importance des garanties et prérogatives dont dispose l'investisseur international. Ainsi, pour appréhender les liens entre l'intérêt général et l'investissement international dans le secteur minier malien, il nous faudrait au préalable mettre en exergue les spécificités de l'IDE dans le secteur minier (A). Cela permettrait de mieux comprendre le fait que la protection de l'intérêt général est plus qu'indispensable dans le secteur minier (B).

²²⁷ Anaclét Nzohabonayo, *Intérêt général des pays en voie de développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement supra* note 32.

A- Spécificités des opérations minières et de l'exploitation minière malienne

Bien que le secteur minier revête une caractéristique propre, l'IDE y recouvre les mêmes facettes. En ce sens, la firme étrangère fait un apport en capital en injectant les fonds nécessaires à la conduite des activités minières (exploration, construction, exploitation, achat de matériels, installation...). L'apport s'inscrit dans une durée du fait même de la nature de l'activité minière et l'entreprise minière assume les risques liés à l'opération²²⁸. On retrouve ainsi les mêmes critères quant à la définition de l'IDE. Dans la même optique, les contrats d'État dans le secteur minier, rentrent dans le cadre des contrats d'investissement internationaux. De la Concession classique²²⁹ comme forme contractuelle des investissements miniers, l'on assiste à une fragmentation des opérations minières. « L'activité minière constitue une chaîne d'opérations donnant lieu à des contrats successifs s'intégrant dans l'opération économique d'investissements. Certains ont pu qualifier l'opération minière de déshabillage de l'investissement »²³⁰.

En effet, on remarque que ce processus de « déshabillage » aboutit à une séparation entre l'apport et la propriété en ce sens que l'entreprise étrangère fait des apports, notamment, des

²²⁸ Anne Gilles, *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Larcier 2012; Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, supra note 8; Arnaud de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, Paris, A. Pedone, 2017; Alain Pellet, *Droit international et développement*, colloque de Lyon, Paris, Pedone, Société française pour le droit international, 2015; Tarcisio Gazzini et Eric De Brabandere, *International investment law : sources of rights and obligations*, supra note 5; Peter Muchlinski, Frederico Ortino and Christoph Schreuer, *The Oxford handbook of international investment law*, Toronto, Oxford University Press 2008; Rudolf Dolzer et Christoph Schreuer, *Principles of international investment law*, supra note 5; Sangwani Patrick Ng'ambi, *Resource nationalism in international investment law*, London, New York, Routledge, 2016.

²²⁹ La Concession est un « acte unilatéral de la puissance publique, c'est-à-dire le concédant, conférant à une autre le concessionnaire, la jouissance d'un droit ou d'un avantage particulier » et s'oppose au contrat de concession qui désigne la convention minière fixant les droits et obligations des parties dans l'opération minière projetée. Voir Charles Leben, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, supra note 5.

²³⁰ Voir Hassane Boubacar, « Les contrats miniers » (2007) 233 *New Asp Int Invest Law*.

avances de fonds dans les différentes phases de l'opération minière sans avoir la pleine propriété des produits miniers extraits et reçoit en contrepartie, soit un pourcentage de la production brute, soit une commission déterminée à l'avance selon le type d'arrangement contractuel. Cette formule permet justement aux États producteurs, de conserver la propriété des titres miniers et des ressources minières, alors que les entreprises étrangères qui avancent des capitaux et assument une très grande partie des risques de l'opération, n'en ont pas plus un contrôle total et sont rémunérées en fonction de leurs prestations. Ces nouvelles formes d'investissement²³¹ sont fréquentes surtout au niveau des contrats de partage de production ou ceux d'assistance technique. Mais au regard de l'élargissement de la définition de l'investissement international, on peut penser qu'un résultat similaire pourrait être retenu pour les nouvelles formes d'investissement dans le cadre de l'activité d'extraction minière²³².

Outre cette convergence avec l'IDE de manière générale, l'investissement dans le secteur minier diffère fondamentalement de l'investissement dans d'autres secteurs. Les opérations minières sont complexes, se caractérisent par des coûts exorbitants et s'échelonnent sur de longues années voire des décennies. La découverte de gisements miniers suivie de l'aménagement de la mine peut prendre dix ans ou plus. Une fois les dépenses réalisées, ces investissements représentent des coûts irrécupérables et doivent être achevés avant que la mine

²³¹Les nouvelles formes d'investissements selon Charles Oman sont des investissements internationaux ou multilatéraux dans lesquels l'investisseur étranger au pays d'accueil ne détient pas de participation majoritaire ou même parfois de participation quelconque au capital social de l'entreprise, laquelle repose néanmoins sur la mise en commun des moyens en vue d'atteindre des objectifs fixés conjointement, la rémunération de l'investisseur dépendant des résultats d'exploitation de l'entreprise.

²³² Voir *Ibid* à la p. 20. Pour plus d'informations sur la notion de nouvelles formes d'investissements, se référer à Philippe Kahn, « les définitions de l'investissement international » (2009) 21 Cah Int Pedone 11-16 ; Sébastien Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activités du CIRDI*, Paris, LITEC, 2005, p.43-102; Charles Oman, *Les nouvelles formes d'investissements internationaux*, supra note 5, 1984.

soit mise en production. Dès que cette dernière est opérationnelle, les coûts liés à l'importation des équipements nécessaires, la prise en charge des dommages environnementaux et sociaux par les entreprises minières en termes d'assainissement des sols ou des eaux contaminées et de fermeture de la mine symbolise une part significative du budget total d'un projet. D'autre part, les investissements dans le secteur minier présentent un degré élevé d'incertitude, que ce soit durant les phases d'exploration, de conception du projet et d'aménagement ainsi que d'exploitation du fait de l'instabilité des cours des minéraux et de l'indétermination relative à la quantité de réserves²³³. La nature épuisable et non renouvelable des ressources minérales soulève des difficultés quant à l'efficacité du régime fiscal et à l'affectation des recettes issues des ressources naturelles aux investissements²³⁴.

Il faudrait comprendre que l'IDE dans le secteur minier est un type d'investissement complexe qui exige des pays riches en ressources naturelles de développer des capacités institutionnelles suffisantes pour mettre en œuvre des dispositifs juridiques efficaces tenant mieux compte des préoccupations d'intérêt général. L'intérêt général se présente dans le cadre de l'exploitation minière comme un enjeu majeur où la question du développement durable et de la protection des droits humains sont plus qu'incontournables. Il l'est davantage dans la mesure où la question des effets de l'exploitation des ressources naturelles en Afrique sur la protection des droits de l'homme n'a pas cessé d'animer l'actualité juridique africaine. La contribution de l'affaire Serac (*Social and economic rights action center*) contre le Nigeria²³⁵ y

²³³ Havard Halland, Martin Lokanc et Arvind Nair, *Le secteur des industries extractives, Points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes, des Finances publiques et des responsables politiques*, supra note 2.
²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Social and economic rights Action Center (SERAC) and Center for economic and social rights c. Nigeria* (1996) Communication N°155/96, 30e Session ordinaire, paragraphe 51 et 52. Voir <http://www.righttoenvironment.org/ip/uploads/downloads/OgoniCaseProf.Coomans.pdf>.

a été prépondérante. Dans cette affaire, deux ONG avaient porté plainte sur la base de l'implication du gouvernement nigérian dans des pratiques de développement pétrolières irresponsables de la région des peuples Ogoni. L'entreprise Nationale nigériane de pétrole et la Compagnie pétrolière d'État ont formé une coentreprise avec la société de développement de Shell petroleum dont les activités dans la région ont causé la dégradation environnementale et des problèmes de santé parmi les peuples Ogoni résultant de la contamination de leur environnement. Les peuples Ogoni ont ainsi souffert des violations de leur droit à la santé, leur droit à un environnement sain. Ces allégations ont abouti à des violations des articles 4 (droit à la vie), 16 (droit à la santé), 21 (droit des peuples à disposer librement de leurs ressources naturelles), 24 (droit des peuples à un environnement satisfaisant) de la Charte africaine des droits de l'homme. Les allégations vont plus loin en accusant le gouvernement du Nigeria d'avoir facilité lesdites violations en mettant à la disposition de la compagnie minière les forces de sécurité. Ces dernières ont détruit plusieurs maisons et villages Ogoni²³⁶.

La protection de l'intérêt général dans l'exploitation minière malienne est dès lors devenue une exigence qui doit transparaître dans les législations minières. Or, le cadre juridique de l'exploitation minière au Mali est régi par divers textes d'ordre national, sous régional voire international dont la lecture croisée laisse paraître la nécessité d'un changement de paradigme. Les textes régissant le secteur minier malien sur le plan national font recours à des règles spécialement dédiées aux mines, notamment, les codes miniers et leurs décrets d'application et celles plus générales applicables à certains aspects des mines. Les règles générales sont

²³⁶ *Ibid.*

comprises dans le code domanial et foncier²³⁷, la loi relative aux pollutions et aux nuisances et leurs décrets d'application²³⁸, le code des collectivités locales²³⁹, le code des impôts²⁴⁰, le code des douanes, le code du travail, le code des investissements²⁴¹. Chacun de ces instruments touche d'une manière ou d'une autre au secteur minier et vient compléter le cadre juridique y applicable. Le code domanial et foncier règle la question de l'accès à la terre et celle de la propriété foncière par les dispositions relatives aux titres formels et à la détention coutumière. Il intervient dans les problèmes d'expropriation des propriétaires fonciers au profit de l'exploitation minière. La loi relative aux pollutions et aux nuisances a pour objet de fixer les principes fondamentaux du contrôle des pollutions et des nuisances. L'article 3 de ladite loi précise que « toute activité susceptible de porter atteinte à l'environnement et à la qualité du cadre de vie est soumise à une autorisation préalable du ministre chargé de l'environnement sur la base d'un rapport d'étude sur l'environnement »²⁴². L'exploitation minière fait ainsi partie des activités qui contribuent à porter préjudice à l'environnement et la qualité de vie des populations.

Le code des collectivités territoriales du Mali détermine les règles applicables aux collectivités territoriales au Mali comprenant, les régions, le cercle et les communes. Il renseigne sur l'existence d'une autre partie prenante à l'exploitation minière, les communautés locales dont les revendications sont prises en charge par les collectivités locales. Quant au code des investissements, il vise à « promouvoir les investissements au Mali par : la mobilisation de

²³⁷ Ordonnance N° 00-027 du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier modifié par la loi n°02-008 du 12 Février 2002.

²³⁸ Loi N°01- 020 du 30 Mai 2001 relative aux pollutions et aux nuisances.

²³⁹ Loi N° 2017 – 051 du 02 Octobre 2017 portant code des collectivités territoriales du Mali

²⁴⁰ Loi N°2018 -009 du 12 Février 2018 portant modification du code général des impôts

²⁴¹ Loi N°2012-016 du 27 Février 2012 portant code des investissements du Mali

²⁴² Loi N°01- 020 du 30 Mai 2001 relative aux pollutions et aux nuisances.

l'épargne nationale et l'attraction des capitaux étrangers; la création des emplois, la formation des cadres et d'une main d'œuvre qualifiée; la valorisation des matières premières locales; la promotion des exportations; la création, l'extension, la diversification, la modernisation des infrastructures industrielles et agro-sylvo-pastorales, de prestations de services et de l'artisanat; l'incitation à investir dans les industries exportatrices et dans les secteurs économiques valorisant les matières premières et autres produits locaux; la création et le développement des entreprises; le transfert des technologies adaptées; l'attraction des investissements dans toutes les régions du pays; la promotion d'un tissu économique performant et complémentaire; l'utilisation des technologies locales et la recherche-développement; la restructuration, la compétitivité, l'intégration et la croissance des entreprises; la reprise pour réhabilitation d'entreprise par de nouveaux investisseurs»²⁴³. Le CI prévoit des dispositions là où les législations minières spécifiques restent silencieuses.

Ces différents textes font également intervenir de nombreux départements administratifs aux missions souvent imprécises. Il s'agit des départements des finances, de la protection environnementale, du développement local ainsi que des mines. Les actions de ces différents départements nécessitent une certaine coordination en vue d'éviter les risques de chevauchement des compétences d'une part. D'autre part, la coordination induirait une meilleure efficacité quant à la mise en œuvre de leurs missions. Ce cadre légal est soutenu et complété par des conventions minières signées entre l'État malien et une entreprise minière et de traités d'investissement ratifiés par l'État malien avec d'autres États. Celles-ci définissent les droits et les obligations de l'État ainsi que de l'investisseur étranger et complètent les

²⁴³ Article 1^{er} de la Loi N°2012-016 du 27 Février 2012 portant code des investissements du Mali

dispositions du code minier et son décret d'application. Elles ont l'avantage d'être non discriminatoires puisqu'elles sont élaborées sur la base des principes du code minier, son décret d'application et d'un modèle type de convention minière joint au décret d'application²⁴⁴. L'article 15 du code minier de 2012 dispose qu'« à l'exception de l'autorisation d'exploration et de l'autorisation d'exploitation artisanale mécanisée, les titres miniers sont assortis de la Convention d'établissement, définissant les droits et les obligations de l'État et du titulaire du titre minier. Le modèle de la convention d'établissement est approuvé par décret du chef du Gouvernement et joint en annexe au présent Code Minier ».

Ces nombreux instruments juridiques ont pour rôle d'encadrer l'investissement international dans le secteur minier au Mali. Sur le plan sous régional, l'UEMOA ainsi que la CEDEAO interviennent également dans l'encadrement des activités minières. L'UEMOA a adopté un code minier communautaire qui a pour ambition de consolider les règles de promotion et de protection des investissements internationaux dans les dispositions minières nationales²⁴⁵. Le code minier communautaire a prééminence sur l'ensemble des dispositions nationales contraires. La CEDEAO quant à elle, a adopté une Directive qui comporte des dispositions plus protectrices de l'intérêt général²⁴⁶. Ces deux dispositifs juridiques sous régionaux constituent de véritables avancées dans la réglementation de l'investissement minier malien et permettent de consolider la protection de l'intérêt général. C'est partant des particularités de l'IDE dans le secteur minier malien qu'il nous sera possible de dégager la véritable signification de la notion d'intérêt général dans le cadre de l'exploitation minière malienne. Le sens ou la teneur de la

²⁴⁴ Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE), *Cadre juridique et contractuel des activités extractives, les contrats miniers, contexte général*, Dakar, Mars 2015.

²⁴⁵ Règlement N°18/2003/CM/UEMOA portant Code Minier Communautaire de l'UEMOA

²⁴⁶ Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier.

notion d'intérêt général qui y est ainsi apparu par le prisme de différentes formulations nous permettra d'apprécier sa protection par les législations applicables.

B- La notion d'intérêt général, entre différentes formulations dans le secteur minier malien

Il est difficile de soutenir que la notion d'intérêt général est absente des dispositions législatives et réglementaires maliennes, bien au contraire le fait de mettre en place une législation pour encadrer l'exploitation minière a pour objectif ultime de garantir l'intérêt national. C'est ainsi que l'article 2 du code minier malien dispose : « le présent code vise à favoriser les opérations de reconnaissance, d'exploration, de prospection, de recherche et d'exploitation de substances minérales, en tenant compte des autres possibilités d'utilisation du territoire, dans la recherche d'un développement durable »²⁴⁷. A la lecture de cette disposition, il peut en être déduit que les activités minières occupent une place importante voire prioritaire sur les autres types d'utilisation du territoire, notamment, l'agriculture ainsi que l'élevage. L'installation d'une mine est considérée comme d'intérêt général quitte à déplacer les populations ainsi que leurs cultures. Compte tenu des retombées financières que la mine va apporter à l'État malien, la promotion de l'IDE dans le secteur minier est devenue capitale en dépit des externalités négatives engendrées. C'est cette préoccupation économique qui guide les politiques minières mises en œuvre. Ces dernières se focalisent sur les axes suivants :

- Fournir des revenus stables à l'État à partir de l'exploitation des ressources minérales;
- Favoriser l'investissement privé;
- Assurer la transparence et la bonne gouvernance des revenus miniers;

²⁴⁷ Article 2 de la Loi N°2012-015 du 27 février 2012 portant *Code Minier* du Mali.

- Accroître les retombées socio-économiques pour le développement durable des communautés minières et des collectivités locales;
- Assurer la préservation de l'environnement et la gestion de l'après-mine²⁴⁸.

De cette liste, la protection de l'environnement n'apparaît point comme une priorité bien au contraire, elle figure en dernière position. La priorité est accordée aux ressources financières que l'exploitation minière pourrait apporter à l'État. Si les questions de DD et de protection de l'environnement ressortent, la protection des droits de l'homme n'y apparaît pas de manière expresse. Il en résulte que l'intérêt général est davantage assimilable aux enjeux de développement économique voire de développement durable dans les politiques et législations minières maliennes. En revanche, la protection des droits de l'homme constitue une matrice importante dans le cadre régional des activités minières maliennes. C'est la Directive de la CEDEAO qui se démarque. Son préambule reconnaît « 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 »²⁴⁹.

La directive de la CEDEAO est plus protectrice des préoccupations d'intérêt général par rapport à l'UEMOA qui se contente de consolider les mesures incitatives adoptées par les dispositions nationales. L'article 2 de ladite Directive stipule que « les objectifs de la présente Directive sont :

- 1- d'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

²⁴⁸ <http://institutrsemali.com/index.php/22-les-ressources-minières-du-mali>, consulté le 30 Mai 2018.

²⁴⁹ Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier, en ligne http://endacacid.org/latest/images/docs/atelier/vma/directice_ceedao.pdf, consulté le 05 septembre 2018.

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- de 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- d'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- de doter les États membres d'une politique minière et d'un cadre juridique harmonisés;

5- et de s'assurer que l'harmonisation prend en compte les différents niveaux auxquels chaque État membre se trouve dans le secteur minier et la manière, dont les politiques et les stratégies pourraient être conduites pour satisfaire les besoins spécifiques de chaque État membre »²⁵⁰.

Conformément à ces objectifs, l'article 15 de la Directive est plus explicite sur l'importance de protéger les droits de l'homme dans le cadre des activités minières. L'article 15 est ainsi intitulé 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 titres 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 droit des femmes; 4- Les compagnies minières veillent au respect strict des lois des États

²⁵⁰ Article 2 de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes Directeurs et des politiques dans le secteur minier.

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 général ».

La protection des droits de l'homme et du développement durable demeure importante dans le cadre de la directive de la CEDEAO qui par ailleurs assimile intérêt général et intérêt national. L'article 7 de la même Directive CEDEAO prévoit que « 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. L'accord de stabilité reflète l'intérêt national de l'État membre et celui de l'investisseur. 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. L'accord de stabilité est soumis à la ratification par le parlement national ou tout organe compétent de l'État membre ». La Directive comporte assurément, comparativement aux autres textes relatifs au secteur minier, des dispositions plus favorables à la protection de l'intérêt général. Cette avancée notable de la Directive en termes de sauvegarde de l'intérêt général ne se reflète pas encore dans les législations minières nationales. Ces dernières ne sont assujetties aux dispositions de la Directive qu'en ce qui concerne le résultat à atteindre. Si des sanctions devaient être applicables en cas de manquement, ce n'est pas encore le cas²⁵¹. L'efficacité du régime juridique sous régional applicable au secteur minier malien est ainsi remise en cause.

²⁵¹ Groupe d'étude et de recherche en Sociologie et droit appliqué (GERSDA), *Le code minier du Mali et la directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO : Éléments de comparaison dans une perspective de réforme de la législation minière malienne*, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques (FSJP) de l'Université de Bamako, BAMAKO, 2011.

S'agissant du contexte national, la notion d'intérêt général fait certes partie des objectifs assignés, mais elle n'occupe pas une place capitale dans la mesure où la promotion des mesures incitatives pour attirer l'investissement international demeure prioritaire. Pourtant, protection de l'intérêt général et promotion de l'IDE ne sont pas incompatibles, il s'agit d'aller vers un équilibre. Tel constitue la démarche prônée dans le cadre de cette recherche.

Conclusion du chapitre premier

Le cadre conceptuel de la notion d'intérêt général nous a permis de comprendre qu'elle oscille entre intérêt privé et intérêt public. Cela se manifeste particulièrement en droit international des investissements qui s'illustre par sa propension à davantage protéger les intérêts privés de l'investisseur. Cette discipline s'est historiquement fondée autour de la problématique de la protection de l'étranger et de ses biens vis-à-vis du Souverain. Les règles internationales régissant l'investissement sont marquées par la même empreinte à la différence que de nos jours, au-delà de la protection, la promotion des flux d'investissement y détient une place importante. Cela n'a pas empêché l'émergence progressive d'autres considérations relatives aux droits humains, au développement durable, à la protection de l'environnement. Que ce soit par la voie jurisprudentielle ou conventionnelle, cette évolution qualifiée de positive est un constat aujourd'hui en droit international des investissements. L'objectif de ce premier chapitre visait à appréhender la notion d'intérêt général de manière générale et plus spécifiquement en droit international des investissements. Cela ayant été fait, il a fallu préciser notre conception de la notion d'intérêt général, notamment, dans le cadre de l'exploitation minière. Elle se résume aux préoccupations non économiques de l'État hôte d'investissement, en termes de protection des droits de l'homme et du DD. L'étude de la protection de l'intérêt général dans le cadre de l'IDE dans le secteur minier est plus que pertinente. Elle l'est davantage

dans un cadre contextualisé que constitue l'exploitation minière malienne, terreau fertile de multiples violations de droits de l'homme. L'expression droits de l'homme et leur protection ne transparaissent pas de manière claire dans les législations minières mises en place alors que le Mali, à titre de rappel, a ratifié en matière de droits de l'homme de nombreux instruments internationaux.

Il en résulte pour l'État malien une obligation de respecter et de protéger les droits humains sur son territoire et de mettre en œuvre les conditions nécessaires pour mener à bien une telle mission. Cela est un véritable défi dans la mesure où les violations des droits économiques, sociaux et culturels perdurent et coexistent avec les législations minières nationales qui se fondent principalement sur des politiques et des stratégies de promotion des investissements. Elles ont été appuyées dans leur démarche par les institutions financières internationales (IFI)²⁵² en prônant la libéralisation des industries extractives en Afrique afin qu'elles contribuent de manière efficace au développement économique et social. Il incombe à l'État malien de mettre en œuvre les politiques nécessaires et d'adopter des lois qui lui assurent la sauvegarde de l'intérêt général de ses populations. C'est dans cette perspective que sera analysé le cadre juridique de l'exploitation minière malienne à l'aune de la sauvegarde de l'intérêt général (chapitre 2).

²⁵² Anacleto Nzohabonayo, *Intérêt général des pays en voie de développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement*, supra note 32; Voir aussi Marie Mazalto, « la réforme des législations minières en Afrique et le rôle des institutions financières internationales : le cas de la République démocratique du Congo », dans Marysse, Stefaan et Filip Reyntjens (dir.), *L'Afrique des Grands Lacs*, Annuaire 2004-2005, Centre d'étude de la région des Grands Lacs (Anvers), Paris : Édition Harmattan. pp. 263-287, en ligne http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/MMazalto_-_AnnuaireGrands-Lacs_2004-2005_-_RDC_et_code_minier.pdf.

Chapitre II: La protection de l'intérêt général dans la réglementation de l'investissement minier malien : état des lieux

Comment se traduit la protection de l'intérêt général dans la réglementation minière malienne? La réponse à une telle question n'est pas aisée, car l'intérêt général ne s'appréhende guère en réalité. Cependant, analyser sa prise en compte au regard des préoccupations de développement durable et de protection des droits de l'homme dans le secteur minier au Mali revêt une importance majeure. Fort de cela, il s'agira de démontrer dans ce chapitre que, la protection de l'intérêt général à l'aune des préoccupations sus visées est faible au niveau du cadre juridique de l'IDE dans l'exploitation minière malienne. En effet, les législations minières maliennes adoptées à partir des années 1990 jusqu'à nos jours, apparaissent comme des mécanismes qui tendent à établir un équilibre entre les politiques de promotion des investissements internationaux et la protection de l'intérêt général. Attirer les capitaux étrangers pour le financement du développement économique et social malien n'est pas évident. Car les liens entre promotion de l'IDE et développement économique des États ne sont pas assez développés. Les mesures incitatives promues par les États africains, notamment, malien ont un coût financier qui est souvent mal évalué. D'autre part, les réformes entreprises par l'État malien ont été instituées sous les auspices des IFI au lieu d'être initiées par l'État et ses populations. Compte tenu de ce qui précède, il ressort que le régime juridique de l'IDE dans le secteur minier malien demeure perfectible quant à la protection de l'intérêt général. En effet, même en droit international de l'investissement, la recherche d'un équilibre entre mesures incitatives et développement économique des États hôtes d'une part et d'autre part, entre la protection des investissements internationaux et l'émergence de questions contemporaines comme la

protection de l'environnement pose de nombreuses difficultés. Dans cette perspective, il serait difficile pour les États d'accueil des investissements, en l'occurrence ceux en voie de développement et le Mali en particulier, d'aboutir à un équilibre dans leurs législations nationales si leurs engagements internationaux ne s'inspirent pas de cette mouvance. Même si la jurisprudence²⁵³ a fourni des exemples de cas où a été sauvegardé l'intérêt général des États comme on l'a vu dans l'interprétation faite par les tribunaux arbitraux des cas d'expropriation indirecte en chapitre préliminaire, il n'y a pas un véritable consensus en la matière. Les arbitres décident au cas par cas dans la majorité des situations, bien qu'ils soient tenus de prendre en compte les clauses stipulées dans les accords d'investissements ratifiés par les deux parties en litige.

Notre point de vue est que les États en voie de développement particulièrement riches en ressources naturelles ne devraient pas élaborer des traités d'investissements plus bénéfiques aux investisseurs étrangers qu'à eux-mêmes. Ils doivent chercher à y renforcer leur flexibilité normative et aller vers des actions concertées en vue de faire de l'équilibre dans les normes de promotion, de protection des investissements et la sauvegarde de l'intérêt général, une réalité. Notre étude se propose d'analyser la réglementation minière malienne à l'aune des préoccupations d'intérêt général. Pour cela, il s'agira d'une part, de faire ressortir le grand écart qui existe entre l'évolution conceptuelle de la notion d'intérêt général et le droit positif malien (section 1) et d'autre part, de mettre en exergue la prééminence des gains économiques dans les politiques minières maliennes au détriment de la protection de l'intérêt général (section 2).

²⁵³ Se référer au chapitre préliminaire de cette recherche consacré à l'intérêt général en droit international des investissements.

Section 1 : Dichotomie entre l'évolution conceptuelle de l'intérêt général et le droit positif malien

Le cadre législatif et réglementaire national de l'exploitation minière malienne se démarque par deux orientations, une nationaliste et l'autre libérale²⁵⁴. La tendance nationaliste priorisait l'État et ses démembrements ainsi que les collectivités rurales pour l'exploitation des ressources minérales, au lendemain des indépendances. Si les sociétés et personnes physiques étrangères pouvaient participer au processus minier malien, elles n'avaient cependant pas la possibilité de posséder les titres miniers, le monopole revenant à l'État. L'orientation libérale quant à elle se focalise sur une série de mesures incitatives mises en place à partir des années 1990 pour attirer les investisseurs étrangers qui sont devenus des acteurs incontournables dans l'exploitation minière malienne. Ces deux approches, si elles apparaissent a priori antinomiques, convergent vers une finalité commune, celle de faire du secteur minier le moteur du développement. L'objectif de cette section vise à mettre en exergue le fossé qui sépare la conception de l'intérêt général durant la période des indépendances à celles des années de libéralisation (paragraphe 1). Une fois cette démonstration faite, il s'agira de s'appesantir sur les instruments juridiques sous régionaux de protection de l'intérêt général dans le contexte malien. Il faut savoir que le Mali fait partie des principales organisations d'intégration sous régionales qui régissent l'IDE dans le secteur minier. L'analyse de l'encadrement de ces

²⁵⁴ Amadou Keita, « Responsabilité sociale des entreprises minières et développement communautaire dans les zones minières au Mali, du volontariat à l'obligation juridique, une perspective de terrain » dans Bonnie Campbell et Myriam Laforce, La responsabilité sociale des entreprises dans le secteur minier : réponse ou obstacle aux enjeux de légitimité et de développement en Afrique? supra note 1.

instruments juridiques sous régionaux à vocation économique nous permettrait d'apprécier leur impact sur la protection de l'intérêt général (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le déphasage entre la pratique post coloniale et les programmes d'ajustement structurels

Il s'agira de faire ressortir le décalage qui existe par rapport à la notion d'intérêt général entre la pratique *post* coloniale (A) et les réformes subséquentes à partir des années 1990 (B). Cet écart se justifie par la démarche qui a été adoptée par le législateur. Il s'est focalisé sur une conception volontariste de l'intérêt général durant la première période avant d'adopter celle utilitariste à partir des années 1990. Il est clair que ni l'une ni l'autre n'était à même d'assurer une protection efficace de l'intérêt général.

A- L'évolution des politiques et législations minières maliennes depuis les indépendances

Le contexte historique du continent africain marqué par la colonisation révèle que « les règles et principes du droit minier sont tirés de textes d'origine coloniale, réadaptées à la suite du mouvement de décolonisation et aujourd'hui largement inspirées de la nouvelle donne de la mondialisation économique »²⁵⁵. La colonisation ayant bouleversé la pratique artisanale d'exploitation aurifère de nombreux États africains²⁵⁶, c'est l'exploitation industrielle à grande

²⁵⁵ *Ibid.*, aux pp 4-5.

²⁵⁶ Rapport d'évaluation du séminaire national sur l'orpaillage au Mali, tenu à Bamako du 28 Novembre au 1^{er} Décembre 1989. Voir aussi, Claire Mainguy et Segal B Diallo, « La contribution du secteur de l'or à l'économie malienne » dans *Quelle intégration internationale pour l'Afrique?*, Karthala, Paris, 2014, p. 111-133; Patrick Fossat, Gilles Montagnat-Rentier, Patrick Petit, Gilles Parent, Gérard Chambas et Johanne Russel, *Rapport d'assistance technique poursuivre la modernisation du système fiscal et de son administration- Note sur la gestion des ressources naturelles*, Washington, DC, Fonds Monétaire International (FMI), 2013, en ligne, <http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/scr/2013/cr13356f.pdf>.

échelle qui prit place²⁵⁷. Cette exploitation industrielle à grande échelle au Mali sur laquelle porte cette étude résulte d'une politique minière²⁵⁸ qui a évolué d'un régime politique à un autre²⁵⁹.

Les indépendances au Mali ont ainsi instauré une réelle révolution dans les dispositions régissant les activités minières. Il faut dire que le mouvement de décolonisation a été accompagné de l'affirmation du principe de souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles²⁶⁰. La période des indépendances en Afrique a favorisé « le contrôle des ressources nationales dont les retombées devaient servir à promouvoir le développement économique afin de répondre aux aspirations des peuples »²⁶¹. C'est une période qui se caractérise par des politiques et législations minières maliennes qui accordaient une importance

²⁵⁷ La colonisation a modifié la nature de l'exploitation artisanale dans de nombreux pays africains en l'orientant vers son industrialisation et son exportation vers la Métropole. Des textes d'origine coloniale régissaient les activités minières en Afrique de l'Ouest francophone (AOF) à travers notamment le Décret du 6 juillet 1899 et le Décret du 22 octobre 1924 suivi d'un arrêté local le 14 août 1925. Ces textes délimitaient les zones réservées à l'exploitation par les indigènes, conformément à leurs droits coutumiers. Voir Seydou Keita, *Étude sur les mines artisanales et les exploitations minières à petite échelle au Mali*, IIED (international institute for environment and development) and world business council for sustainable development, Septembre 2001, en ligne, <http://pubs.iied.org/pdfs/G00727.pdf>. Voir aussi, Oumar Baby, « Kangaba et l'orpaillage traditionnel : quels impacts sur la vie des populations » 1997, disponible à la bibliothèque de la Direction nationale de la Géologie et des mines du Mali.

²⁵⁸ Une politique minière se définit « comme la résultante de l'analyse des objectifs économiques, sociaux, culturel, environnemental assignée par l'État à l'activité extractive, au regard des contraintes qui pèsent sur ladite activité ». Voir Daniel Amagoïn Tessougué, *Problématique de l'implantation des sociétés minières dans un pays en voie de développement: Cas du Mali*, Thèse de Doctorat, Université Robert Schuman, 2002, p 409.

²⁵⁹ Sael-Gagné-Ouellet, *Révision du cadre réglementaire et réforme du régime minier malien: quel degré de rupture ou de continuité?* Mémoire de Maîtrise, Université du Québec à Montréal (UQAM), 2013.

²⁶⁰ Résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies (1962) portant Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, en ligne <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx> et aussi <http://www.ihedn.fr/userfiles/file/apropos/SAKAI%20%28L%29%20Le%20PRINCIPE%20DE%20LA%20SOUVERAINETE%20PERMANENTE%20SUR%20LES%20RESSOURCES%20NATURELLES%20%20exclusivite%20C3%83%20A9.pdf>. Voir aussi Résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies portant Charte des droits et des devoirs économiques des États (1974); Voir aussi Michel Virally, « La Charte des droits et des devoirs économiques des États » (1974) 20 : 20 *Annuaire français de droit international*, p.57-77.

²⁶¹ Hassane Boubacar, « Les contrats miniers », supra note 243. Voir également Georges Fischer, « La souveraineté sur leurs ressources naturelles » (1962) 8 *Annuaire français de droit international*, p.516-528.

capitale à l'État et ses démembrements pour la recherche et l'exploitation des ressources minérales. L'article 8 de la loi de 1963 dispose que « seul l'État du Mali par l'intermédiaire soit de ses administrations, soit d'entreprises d'État existantes ou qui viendraient à être créées pour les besoins de la cause et les collectivités rurales organisées en coopérative minière pouvaient faire des recherches minières ainsi qu'exploiter des substances minérales »²⁶². Le secteur public occupait une place prioritaire dans les activités minières maliennes.

Toutefois, les entreprises privées étaient en mesure d'obtenir quelques droits d'accéder aux opérations minières par le biais des contrats d'exécution qu'elles pouvaient conclure avec les entreprises d'État et des coopératives minières villageoises. Il faut préciser qu'à l'époque, seul l'État, ses démembrements, les entreprises d'État ainsi que les coopératives minières avaient le droit d'entreprendre des activités minières et d'exploiter une mine. Seul l'État était en droit de détenir la propriété des substances minérales même après qu'elles soient extraites du sous-sol. Les contrats d'exécution proposaient les conditions de partenariat entre une entreprise d'État ainsi que des coopératives minières avec les entreprises étrangères qui désiraient participer aux activités minières. La particularité de ces contrats d'exécution résidait dans le fait qu'ils étaient négociés entre des sociétés d'État et des entreprises minières, donc des contrats soumis à l'ordre juridique national²⁶³. S'ils méritent davantage d'approfondissement pour les comprendre, il faut dire qu'ils ne recouvraient pas les caractéristiques d'un contrat d'État.

²⁶² Loi N°63-51/AN-RM du 31 Mai 1963 portant régime des substances minérales au Mali modifiée par l'ordonnance.

²⁶³ Daniel Amagoin Tessougé, *Problématique de l'implantation des sociétés minières dans un pays en voie de développement: Cas du Mali*, supra note 258.

Un revirement s’opéra vers les années 1970 couplé au changement de régime²⁶⁴. La principale innovation « était la possibilité pour les acteurs privés nationaux et internationaux d’acquérir des titres miniers et d’investir directement dans le secteur »²⁶⁵. Les entreprises privées de prospection découvrant des substances minières stratégiques étaient appelées à passer des conventions d’établissement avec le gouvernement pour les phases de développement et d’exploitation²⁶⁶. Cette innovation dénote d’une évolution positive par rapport au régime précédent où les entreprises privées ne pouvaient aucunement détenir de titres miniers. Ce régime des années 1970 qui a été maintenu jusqu’aux années 1990 a permis aux acteurs privés d’investir dans le secteur minier, et ce, précisément dans la recherche en réservant à l’État une participation majoritaire dans les entreprises de développement et d’exploitation. Ces dispositions²⁶⁷ se démarquent par la volonté d’ouverture du secteur minier aux entreprises privées nationales ainsi qu’étrangères. La prédominance du secteur public dans la gestion des activités minières au lendemain des indépendances s’est ainsi peu à peu effritée vers le tournant

²⁶⁴ L’ordonnance N°34/CMLN du 03 septembre 1970 portant code minier en République du Mali; Le décret N°112/PG-du 03 septembre 1970 fixant les conditions d’application de l’ordonnance N°34 du 03 septembre 1970; Arrêté N°65 /MDITP du 28 janvier 1971 relatif à la tenue des registres et au mode d’établissement des documents périodiques par les titulaires des titres miniers.

²⁶⁵ Sael-Gagné-Ouellet, *Révision du cadre réglementaire et réforme du régime minier malien: quel degré de rupture ou de continuité?* supra note 259 à la p 24. Contrairement à son prédécesseur, le régime de Moussa Traoré durant cette période va tisser des partenariats avec plusieurs pays notamment l’URSS mais également la France, la Belgique. Mais les russes demeurent fort présents et grâce à leur financement, la première usine d’extraction et de traitement de l’or à savoir la société pour la gestion et l’exploitation des mines d’or de KALANA ouvre ses portes en 1985. L’État malien et l’État soviétique en sont les uniques propriétaires. Voir Claire Mainguy, et Sega B Diallo, « La contribution du secteur de l’or à l’économie malienne » dans *Quelle intégration internationale pour l’Afrique*, supra note 273.

²⁶⁶ Note de présentation du projet de code minier de 1970, Direction nationale de la Géologie et des Mines.

²⁶⁷ Loi N°81-80/AN-RM du 13 juillet 1981 portant modification de certaines dispositions de l’article 48 de l’ordonnance N°34/CMLN de septembre 1970 portant Code minier. L’ordonnance N°90-07/P-RM du 13 avril 1990 portant modification de l’article 8 de l’ordonnance N°34/CMLN du 03 septembre 1970 portant Code minier, et complété par l’ordonnance N°90-09/P-RM du 13 avril 1990 portant organisation de la profession d’orpailleur au Mali. Voir la Note de présentation du projet de code minier de 1970, Direction nationale de la Géologie et des Mines. En 1970, fut promulguée l’Ordonnance N°34/CMLN du 03 septembre 1970 complétée par le Décret N°112/PG-RM du 03 septembre 1970.

des années 1980 à cause des difficultés que les sociétés d'État ont commencé à traverser d'une part et d'autre part, d'un contexte international défavorable.

C'est ainsi que le programme d'ajustement structurel fut adopté sous les auspices de *Bretton Woods*²⁶⁸ dans le contexte économique malien face au déficit financier cumulé par le gouvernement et les entreprises ou sociétés d'État. La prééminence ainsi concédée au secteur public s'est soldée par une crise financière que le Mali n'avait auparavant jamais connue. Cela va aboutir à l'adoption d'une orientation libérale par le nouveau régime politique en 1991. Il faudrait souligner que la majorité des États ouest africain avait adopté une orientation socialiste au lendemain des indépendances. Il en est ainsi de la Guinée Conakry qui a également connu deux orientations politico économiques ayant chacune marqué le secteur minier. La première, de 1958 à 1984, ce pays avait adopté une orientation socialiste qui s'est traduite par l'étatisation des principaux secteurs économiques, notamment, de la Compagnie guinéenne de la Bauxite en 1963. La deuxième, de 1985 à 2010, se caractérise par le passage d'un socialisme étatique à un cadre juridique libéral. Celui-ci se manifesta par l'édiction de la Déclaration de politique minière qui aboutira au premier code minier en 1995²⁶⁹.

²⁶⁸ Les programmes d'ajustement structurels (PAS) sont un programme de réformes économiques institué par les institutions de Bretton Woods (Fonds monétaire international et Banque Mondiale) pour permettre aux pays touchés par de grandes difficultés économiques de sortir de leur crise économique. Ce sont, en général, des prêts qui sont octroyés par tranches visant les mesures suivantes :

- Réduire le déficit budgétaire du gouvernement;
- Libéraliser le commerce international en réduisant les barrières protectionnistes;
- Privatiser les entreprises d'État;
- Adopter un cadre légal favorisant le respect des droits de propriété privés;
- Réduire l'ampleur de la corruption gouvernementale.

Voir pour plus d'informations, <https://minarchiste.wordpress.com/2010/11/24/les-programmes-d%E2%80%99ajustements-structurels-du-fmi-et-de-la-banque-mondiale/>

²⁶⁹ <http://documents.worldbank.org/curated/en/21988149077750432/pdf/SFG3209-V1-EA-FRENCH-P124648-Box402898B-PUBLIC-Disclosed-3-28-2017.pdf>, consulté le 16 février 2016.

En définitive, il faudrait comprendre que les politiques minières adoptées à partir des indépendances jusqu'aux années 1990, se sont focalisées sur une conception volontariste de l'intérêt général. Car la priorité est accordée à l'État pour sa réalisation dans le secteur minier. Durant cette période *post* indépendance, c'est la prééminence de l'État qui retient l'attention par rapport aux investisseurs étrangers. Il faut dire que l'ère des indépendances a coïncidé avec l'adoption de nombreuses Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies au profit des États en développement. Il s'agit de la résolution n°1803 (XVII) du 14 Décembre 1962 intitulée « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles »²⁷⁰ et de celle n°3281 (XXIX) du 12 Décembre 1974 intitulée « Charte des droits et des devoirs économiques des États »²⁷¹. L'article 2 paragraphe 2 de ladite Charte stipule que « chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière 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 »²⁷². Ces différentes Résolutions ont contribué à la montée en puissance du nationalisme des États en voie de développement et justifieraient ainsi la philosophie des politiques minières adoptées au Mali. À cette époque, l'objectif n'était point la recherche d'un équilibre entre investissements internationaux et intérêt général de l'État hôte.

L'intérêt général ainsi que sa protection étaient réalisés fondamentalement par l'État et se résumaient à l'intérêt du pays d'accueil, le secteur privé y occupait une place marginale. Les investisseurs étrangers étaient limités à un rôle superficiel par rapport à l'État. Il en est autrement

²⁷⁰ Leticia Sakai, *La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et la protection internationale des droits de l'homme*, Thèse, Paris I, Université Panthéon Sorbonne, 2014, en ligne, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01523109/document>, consulté le 12 octobre 2016; voir aussi, le site internet du Haut-commissariat des Nations Unies, <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx>.

²⁷¹ Brigitte Stern, « Un nouvel ordre économique international ? », Paris, Éditions Économica, 1985; voir aussi, Fischer Georges « La souveraineté sur leurs ressources naturelles » supra note 278.

²⁷² Article 2, paragraphe 2 de la Charte des droits et des devoirs économiques des États.

de nos jours où c'est la promotion de l'investissement international qui est devenue prioritaire sur la protection de l'intérêt général. La période *post* coloniale se caractérise par le fait que c'est l'État qui détenait les rênes de la protection de l'intérêt général. À cette époque, il était en mesure de mieux protéger l'intérêt général de ses populations alors qu'aujourd'hui, les différentes réformes instituées avec l'avènement de la mondialisation, ont affaibli les capacités institutionnelles et réglementaires des États en voie de développement, notamment, le Mali.

B- Les reformes subséquentes à partir des années 1991

Les années 1990 se caractérisent au Mali par l'avènement de la Démocratie et du multipartisme. Elles coïncident également avec l'instauration d'un cadre libéral en ce qui concerne les orientations économiques du pays. C'est dans cette logique que furent institués deux nouveaux codes miniers, celui de 1991²⁷³ et un autre en 1999²⁷⁴, tous deux issus d'un contexte politique et institutionnel innovant (1). Quant au code minier adopté en 2012, il résulte d'une volonté politique de faire de ce secteur un moteur de développement économique et social (2).

1- La législation minière de 1991 et celle de 1999

Il serait opportun d'analyser le contexte dans lequel a émergé l'avènement des codes miniers de 1991 et de 1999 (a) avant de faire ressortir leur régime juridique proprement dit (b).

a) Le contexte et le cadre juridique du code minier de 1991

²⁷³ Ordonnance N°91-065/P-CTSP du 19 septembre 1991 portant Code minier du Mali.

²⁷⁴ Ordonnance N°99-032/P-RM du 19 Août 1999 portant Code minier modifiée par l'Ordonnance n°00-013/P-RM du 10 Février 2000.

L'institution du code minier de 1991 a induit une libéralisation significative dans le secteur des mines. La relecture du Code avait été longtemps envisagée, mais ne fut réalisée qu'en 1991 par le biais de l'Ordonnance N°91-065/P-CTSP du 19 septembre 1991²⁷⁵. Cette nouvelle législation traduisait la volonté de l'État malien de s'adapter à l'évolution de l'environnement minier international. Ce dernier, depuis le début des années 1990, connaissait une hausse des cours mondiaux sans précédent et une forte demande de métaux et minéraux. Cette révision législative a coïncidé avec la publication par le groupe de la Banque Mondiale (GBM), d'un rapport sur l'état du secteur minier en Afrique²⁷⁶. Le document souligne que l'Afrique, en dépit de ses réserves minérales, « has failed to mobilize the necessary risk capital and investment funds needed for sound and orderly mining development »²⁷⁷. La principale cause que l'on peut retenir de cette situation selon le GBM est « l'appropriation des ressources minières par les gouvernements africains aux indépendances et leur exploitation à travers des entreprises publiques non efficaces préférant ainsi des bénéfices à court terme aux stratégies de croissance à long terme »²⁷⁸.

Poursuivant les recommandations de la Banque Mondiale (BM), il fallait créer un contexte libéral de promotion des flux d'IDE dans le secteur minier. Avec l'appui des IFI, le gouvernement malien a mis en place une politique minière dont l'objectif est de faire du secteur

²⁷⁵ Cette Ordonnance fut complétée par les Décrets N°91-277 et 91-278/PM-RM du 19 septembre 1991 portant respectivement modalités d'application de l'Ordonnance N°91-065 et approbation de la Convention d'établissement- type pour la recherche et l'exploitation de substances minérales en République du Mali.

²⁷⁶ Banque Mondiale, *Strategy for african mining*, Washington D.C, Banque mondiale, 1992. Ce document avait pour objectif principal de « définir la façon dont les gouvernements africains, mais aussi les pays donateurs, les institutions de développement internationales et les industries minières devaient agir pour encourager l'exploration et les investissements dans le secteur minier africain ». Voir Sael -Gagné-Ouellet, *Révision du cadre réglementaire et réforme du régime minier malien: quel degré de rupture ou de continuité*, supra note 276 aux pp 31-32.

²⁷⁷ World Bank, *Strategy for African Mining*, supra note 292, p.31.

²⁷⁸ *Ibid.*

minier le moteur du développement économique. Une telle politique minière va se refléter sur le cadre réglementaire au sein duquel évolue l'exploitation minière au Mali. C'est ainsi que le code minier de 1991²⁷⁹ et son décret d'application²⁸⁰ proposent une série de mesures novatrices afin d'attirer les investissements internationaux. Ces innovations vont, à partir des recommandations des IFI, prôner, la limitation de la participation gouvernementale dans le capital des sociétés d'exploitation, l'adoption d'une convention d'établissement type pour la première fois et l'amélioration des conditions fiscales, douanières, financières et économiques applicables au projet minier²⁸¹. En ce qui concerne la convention d'établissement type, l'article 2 de ladite convention d'établissement type²⁸² du Mali dispose que « la Convention traite des conditions générales économiques, juridiques, administratives, financières, fiscales, douanières, minières, environnementales et sociales régissant le statut de la SOCIÉTÉ... et les droits et obligations à l'intérieur du Périmètre visé par la Convention »²⁸³. Ces conventions minières

²⁷⁹ Le code minier est une loi contenant un ensemble des conditions applicables à un projet minier et « aborde de façon générale différentes dimensions pour lesquelles une exploitation nécessiterait un encadrement : fiscalité, douane, relations avec les propriétaires terriens et avec le gouvernement, santé et sécurité, environnement... ». Voir Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du Mali*, Thèse de doctorat, Université du Québec à Montréal (UQAM), 2009, en ligne <https://archipel.uqam.ca/2044/1/D1776.pdf>, consulté le 16 mars 2015.

²⁸⁰ Quant au décret d'application, « il précise les conditions d'opérationnalisation du code, en déterminant de façon plus détaillée les exigences, droits, obligations ou avantages définis par ce dernier. Ils constituent donc deux documents juridiques qui se complètent ». Voir Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, *supra* note 295.

²⁸¹ Daniel Amagoïn Tessougoué, *Problématique de l'implantation des sociétés minières dans un pays en voie de développement: Cas du Mali*, *supra* note 259; Voir Note de présentation du projet de Code de 1991 de la Direction nationale de la géologie et des mines.

²⁸² Décret N°99- 256/PM-RM du 15 Septembre 1999 portant approbation de la convention d'établissement – type pour la prospection, la recherche et l'exploitation des substances minérales en ligne, <http://www.planeteexpertises.com/telechargement/code-minier-du-mali.pdf>.

²⁸³ Convention d'établissement type entre le Gouvernement de la République du MALI et la société...pour la recherche et l'exploitation de l'or et des substances minérales du groupe 2.

posent la problématique de leur légitimité d'une part et d'autre part, de leur impact sur la protection de l'intérêt général²⁸⁴.

L'État malien, pour la première fois se retire de son rôle de propriétaire / opérateur du secteur minier pour passer à celui de régulateur et facilitateur des opérations minières. Le code minier limite ainsi pour la première fois la participation de l'État au capital des sociétés d'exploitation à un minimum de 15%. Cette diminution de la participation étatique est particulièrement notable puisqu'avant 1990, le gouvernement possédait au moins 30% des actions de l'ensemble des sociétés d'exploitation en activité sur son territoire²⁸⁵. La même situation est notable dans le contexte de l'exploitation minière des autres pays de l'Afrique de l'Ouest. L'adoption du premier code minier libéral de la Guinée Conakry en 1995 a visé le désengagement de l'État du secteur minier par la limitation de sa participation entre 15 à 30%.

La même logique de libéralisation dans le secteur minier est à souligner également au Burkina Faso qui s'est orienté vers une option libérale du secteur minier avec l'adoption d'une Déclaration de politique minière en janvier 1996. Cette dernière avait pour objectifs globaux de :

- Valoriser le potentiel minier du Burkina Faso, notamment, au moyen de capitaux privés en vue de sa contribution au développement économique du pays;
- Contribuer au développement des autres secteurs, notamment, l'agriculture, l'industrie, l'habitat, l'éducation, la santé;

²⁸⁴ Pour plus d'informations, se référer à la section 2 de cette partie.

²⁸⁵ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 1 à la p 287.

- Renforcer les capacités de financement de l'économie par des apports en devises et celles de l'État par l'accroissement des recettes fiscales;
- Lutter contre le chômage par la création d'emplois²⁸⁶.

En revenant au contexte minier malien, il est clair que ces nouvelles dispositions ont engendré un regain d'intérêt auprès des investisseurs étrangers. Cependant, elles comportent certaines faiblesses qui ont de prime abord réduit leur efficacité quant aux enjeux de développement économique durable²⁸⁷. D'autre part, les préoccupations environnementales et sociales n'apparaissent guère de manière claire dans le code de 1991²⁸⁸. Ces différentes lacunes couplées à d'autres facteurs vont favoriser l'adoption d'un nouveau code minier en 1999.

b) Quel cadre juridique pour le code minier de 1999?

Le renouvellement des dispositions minières maliennes découle de la volonté de faire face à la compétitivité sous régionale en vue d'attirer les flux d'IDE²⁸⁹. Bien entendu, de la même manière que pour le code minier de 1991, la publication d'un rapport fait par le GBM en 1998 afin d'assister les pays membres dans la poursuite d'un développement efficient et

²⁸⁶ Ministère des Mines et de l'énergie, Politique sectorielle des mines 2014- 2025, Mai 2013, en <http://www.legiburkina.bf/Les%20politiques%20sectorielles/POLITIQUE%20SECTORIELLE%20DES%20MINES.pdf>, consulté le 18 août 2018.

²⁸⁷ Gisèle Belem, « Lutte contre la pauvreté et protection de l'environnement au Mali : quel bilan faire du renouvellement du rôle du groupe de la banque mondiale » dans Bonnie Campbell (dir), *Ressources minières en Afrique : quelle réglementation pour le développement*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010.

²⁸⁸ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du Mali*, supra note 1; Amadou Keita, Moussa Djiré, Kadari Traoré, Kader Traoré, Djibonding Dembelé, Arouna Dembelé, Mamadou Samassekou et Moussa Doumbo, *Communautés locales et « manne aurifère » : les oubliées de la législation minière malienne*, IIED, 2008; Oxfam America, *Trésor caché? A la recherche des revenus de l'exploitation aurifère du Mali*, BAMAKO, 2006.

²⁸⁹ Sael-Gagné-Ouellet, *Révision du cadre réglementaire et réforme du régime minier malien: quel degré de rupture ou de continuité*, supra note 259.

durable des activités minières, a joué un rôle important²⁹⁰ dans l'adoption du nouveau code minier. Le GBM plaide dans ce document en faveur d'une « réglementation minière qui intègre l'artisanat minier et les petites mines dans le processus du développement du secteur tout en prenant en compte les répercussions socio-environnementales, les déplacements des populations, les nombreuses expropriations des paysans de leurs terres et les effets négatifs de la fermeture des mines sur le long terme »²⁹¹. Les propositions du GBM dans ce document visent selon cet auteur, « à amoindrir essentiellement les impacts négatifs des régimes miniers instaurés au début des années 1990, plutôt que de réorienter à vrai dire la manière de procéder en vue d'intégrer les activités minières dans un processus de développement socio-économique généralisé et intégré »²⁹². En marge des publications du GBM, des acteurs locaux maliens avaient commencé à remettre en cause la stratégie de développement mise en avant par le gouvernement malien au début des années 1990. Spécifiquement, « cette remise en cause a trait aux avantages économiques offerts aux sociétés minières, à l'usage de la rente minière et à la faible incidence de la croissance du secteur minier sur la création de l'emploi »²⁹³. C'est sous l'influence de ce contexte national et international que le Ministère des Mines et de l'Énergie a publié en 1998, une Déclaration de politique minière²⁹⁴ du gouvernement malien dans laquelle

²⁹⁰ World Bank, *Assistance for minerals sector development and reform in member countries*, Washington, DC, World Bank, p.1-3.

²⁹¹ *Ibid.*, p.12-15.

²⁹² Sael-Gagné-Ouellet, *Révision du cadre réglementaire et réforme du régime minier malien: quel degré de rupture ou de continuité*, supra note 259, p. 42-43.

²⁹³ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 1 à la p. 315.

²⁹⁴ Une Déclaration de politique minière est un document émanant du pouvoir exécutif décrivant l'évolution que le gouvernement veut suivre en matière de politique à appliquer au secteur minier, et ce en tentant de se définir un but et en précisant les moyens qu'il va mettre à disposition pour y arriver. Dans le contexte malien, la Déclaration de politique minière adoptée en 1998 avait pour objectif l'accroissement substantiel de la part des produits miniers dans le P.I.B. Pour ce faire, le Gouvernement réaffirme sa volonté de faire du secteur privé le moteur du

« il réaffirme sa volonté de faire du secteur privé le moteur du développement des activités minières en favorisant l'investissement privé dans un cadre réglementaire et institutionnel adéquat »²⁹⁵.

Plusieurs contraintes au développement du secteur minier avaient été identifiées par le gouvernement malien dans la Déclaration de politique minière de 1998 à savoir, une inadéquation des systèmes fiscaux et douaniers, une faible implication des opérateurs miniers nationaux, une main d'œuvre qualifiée essentiellement d'origine étrangère, une quasi-absence de sous-traitants locaux²⁹⁶. C'est compte tenu de ces contraintes en conformité avec la Déclaration de politique minière du gouvernement du Mali que, le code minier de 1999 fut adopté. Il reprend ainsi les principales dispositions de son prédécesseur mais en focalisant sur une meilleure intégration du secteur minier à l'économie nationale et une meilleure protection de l'environnement. Apparaissaient ainsi de nouvelles préoccupations liées à la prise en compte des intérêts de l'État ainsi qu'une meilleure protection environnementale pendant toutes les phases de l'activité minière²⁹⁷. L'article 119 du code minier de 1999 dispose que « le titulaire du permis d'exploitation est tenu de :

développement des activités minières, en favorisant l'investissement privé dans un cadre réglementaire et institutionnel adéquat et en supervisant la mise en œuvre de cette politique.

²⁹⁵ Ministère des Mines et de l'énergie, *Déclaration de politique minière*, Bamako, 1998 p. 8.

²⁹⁶ Sael-Gagné-Ouellet, *Révision du cadre réglementaire et réforme du régime minier malien: quel degré de rupture ou de continuité?* supra note 259 à la p 47; Ministère des Mines et de l'énergie, *Déclaration de politique minière*, Bamako, 1998.

²⁹⁷ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 1; Bonnie Campbell, Thomas M Akabzaa et Paula Butler, *Enjeux des nouvelles réglementations minières en Afrique*, Nordiska Afrikainstitutet, 2004, en ligne : <<http://nai.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:240474>> (consulté le 21 mai 2013); Patrick Hatcher, supra note 49; Ministère du développement social, Observatoire de développement humain durable et de la lutte contre la pauvreté au Mali et Programme des Nations Unies pour le développement en République du Mali, *Mines et développement socioéconomique au Mali: enjeux et perspectives*, Bamako, Mali, Programme des Nations Unies pour le Développement, UNDP, 2011.

- actualiser l'étude d'impact environnemental et social et d'inclure cette actualisation dans le rapport annuel exigé à l'article 74 ci-dessus;
- garantir la bonne fin de l'exécution des travaux de préservation, de mise en état ou de réhabilitation et de sécurisation du site minier prévus dans l'étude d'impact environnemental et social au moyen d'une caution auprès d'une banque internationalement reconnue, appelable à première demande et dont les conditions de mise en place, le montant et les modalités de décaissement sont définis dans le décret d'application ; et
- faire précéder toute ouverture de travaux d'exploitation d'une étude archéologique à l'intérieur du périmètre d'exploitation conformément à la législation en vigueur»²⁹⁸.

Des différentes innovations instituées par le code minier de 1999, il faudrait noter que les enjeux de développement durable et de protection des droits de l'homme n'y apparaissent pas de manière prépondérante. Les dispositions du code minier de 1999 ne permettaient pas d'atteindre les objectifs assignés dans la politique minière de 1998. À titre d'illustration, « l'existence de clauses de stabilisation ou d'intangibilité inhérentes aux conventions d'établissement empêche le gouvernement d'ajuster la législation en fonction des intérêts du gouvernement et des populations »²⁹⁹. Les préoccupations de développement communautaire n'étaient quasiment pas perceptibles dans ce nouveau code. Le constat de ces insuffisances va aboutir à une prise de conscience des acteurs nationaux quant à l'intérêt d'aller vers l'adoption d'un nouveau code minier en 2012. La question est de savoir si les fondements du nouveau code minier de 2012 permettent une véritable mutation des principes et normes qui gouvernent les régimes miniers maliens. Il serait intéressant de s'appesantir sur le contexte dans lequel est né

²⁹⁸ Article 119 de l'Ordonnance N. 99-032/P-RM du 19 Août 1999 portant Code minier en République du Mali, en ligne <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/mli49616.pdf>.

²⁹⁹ Sael-Gagné-Ouellet, *Révision du cadre réglementaire et réforme du régime minier malien: quel degré de rupture ou de continuité*, supra note 259 à la p. 50.

le code minier de 2012 avant d'aborder les innovations qu'il comporte comparativement au code précédent.

c) Les innovations instituées par le code minier de 2012

L'adoption du code minier de 2012 est intervenue dans un contexte régional de remise en cause de l'impact des activités minières sur le développement en Afrique. La vision minière pour l'Afrique (VMA)³⁰⁰ adoptée par les Chefs d'États et de gouvernement en février 2009 constitue un des fruits de cette remise en cause. Elle a émergé dans le but de pallier la faible contribution du secteur minier au développement de l'Afrique. La VMA préconise ainsi :

« une exploitation transparente, équitable et optimale des ressources minérales en tant que fondement d'une croissance durable et d'un développement socio-économique généralisé en Afrique. Il s'agit non seulement de mettre fin à l'isolement de l'industrie minière par rapport aux autres activités socio-économiques de base, mais aussi de faire en sorte que celle-ci profite à l'ensemble des parties prenantes »³⁰¹.

En intervenant dans un tel contexte, le code minier de 2012, même s'il ne modifie pas les fondements des régimes miniers précédents, comporte quelques dispositions plus propices aux préoccupations d'intérêt général. Ses innovations portent, notamment, sur la possibilité

³⁰⁰ Cette vision minière pour l'Afrique a été rédigée pour la première fois par l'équipe technique établie par l'Union Africaine (UA) et la Commission Économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEANU), avec l'aide des représentants du Partenariat minier africain, le forum intergouvernemental des ministres africains responsables du secteur minier, la Banque Africaine de Développement (BAD), la CNUCED et l'ONUDI. Pour plus d'informations sur la vision minière pour l'Afrique (VMA), voir le Rapport du Groupe d'Étude international sur les régimes miniers en Afrique voir www.africaminingvision.org.

³⁰¹ Groupe d'étude international sur les régimes miniers de l'Afrique, *Les ressources minérales et le développement de l'Afrique*, Addis-Abeba, Commission économique pour l'Afrique, 2011, en ligne : <www.uneca.org>.

offerte aux privés nationaux de participer au capital des sociétés minières³⁰², l'instauration de l'obligation de développement communautaire des communautés locales vivant autour des mines, le resserrement des obligations en matière de protection de l'environnement durant la phase de fermeture des mines³⁰³. Il est ainsi consacré un chapitre entier au développement communautaire qui doit faire l'objet d'un plan élaboré par le promoteur du projet minier. L'article 150 du code minier de 2012 dispose que « le demandeur d'un permis d'exploitation doit désormais, en même temps que l'étude de faisabilité et le plan de fermeture, remettre à l'administration chargée des mines, un plan de développement communautaire ». Cela dénote de la reconnaissance par l'État malien de l'importance de la prise en compte des préoccupations de toutes les parties prenantes aux projets miniers y compris les communautés locales.

Dans la même foulée novatrice, il faudrait souligner la mesure en faveur d'une transformation de produits miniers sur le territoire malien³⁰⁴. Le mérite d'une telle disposition est qu'elle encourage la transformation locale qui permet à l'État d'augmenter les ressources financières issues de l'exploitation minière. Depuis 2015, une unité de raffinage d'or, dénommée Kankou Moussa est opérationnelle à Bamako. En outre, le nouveau code minier tient dorénavant compte de toutes les étapes de l'activité minière en exigeant le dépôt d'une

³⁰² L'article 65 de la Loi N° 2012-015 du 27 février 2012 portant Code Minier au Mali, en son alinéa 5, « il reste pour les investisseurs privés nationaux, la possibilité d'acquérir, en numéraire au moins 5% des actions de toute Société d'exploitation, dans les mêmes conditions que les autres actionnaires privés ».

³⁰³ Amadou Keita, Moussa Doumbo et Kader Traoré, *Morila : maintenant et après, où va l'argent de la mine*, Bamako, GERSDA, Fondation pour le développement du sahel, 2012 à la p 14.

³⁰⁴ En vertu de l'article 21 du Code minier de 2012, « les titulaires de titre d'exploitation sont tenus de procéder au traitement à l'affinage ou à la transformation des produits miniers ou de carrières dans les unités installées au Mali. Cependant et chaque fois que cela s'avère nécessaire, une autorisation pourra leur être accordée par l'Administration chargée des Mines pour effectuer ces opérations à l'extérieur du Mali. Les conditions et modalités de réalisation de ces opérations sur un autre site ou à l'extérieur du Mali seront précisées dans la décision autorisant ces opérations ».

étude d'impact environnemental et social³⁰⁵, de même qu'un plan de fermeture et de réhabilitation. L'article 154 du code minier de 2012 dispose que « tout postulant à un permis d'exploitation ou à une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu de prévoir, en même temps que l'Étude d'impact environnemental et social ou la notice d'impact environnemental et social, un plan de fermeture et de réhabilitation de la mine »³⁰⁶. Il peut en être déduit que le code minier de 2012 contribue à mieux atténuer les impacts négatifs des projets miniers en insistant sur des mesures environnementales et sociales plus rigoureuses. Néanmoins, il s'inscrit toujours en droite ligne des réformes des régimes miniers entreprises dans les années 1990 dans la mesure où c'est la promotion de l'investissement privé et la protection de l'investisseur étranger qui prédominent sur les préoccupations d'intérêt général.

Le survol de l'évolution du cadre règlementaire et législatif malien des indépendances à nos jours révèle ainsi un déphasage entre la pratique *postcoloniale* et les réformes qui ont suivi à partir des années 1991. Ces dernières se sont focalisées essentiellement sur des mesures promotrices des investissements en minimisant le rôle de l'État dans la régulation du secteur minier au détriment de la protection de l'intérêt général. Elles ont également fait du défi au développement, un élément axé sur le secteur privé alors que l'État est encore dans une posture d'émergence en Afrique. Les réformes minières adoptées vers les années 1990 ont ainsi préconisé une conception davantage utilitariste de l'intérêt général dans laquelle la réalisation de l'intérêt général va relever du secteur plus ou moins privé. Cette conception utilitariste de l'intérêt général met les entreprises minières au cœur des stratégies de développement dans le

³⁰⁵ Article 154 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant code minier.

³⁰⁶ L'article 154 de la Loi N° 2012 - 015 du 27 Février 2012 dispose que « tout postulant à un permis d'exploitation ou à une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu de prévoir, en même temps que l'Étude d'Impact Environnemental et social ou la notice d'impact environnemental et social, un plan de fermeture et de réhabilitation de la mine ».

secteur minier malien. L'État se désengage ou se décharge de certaines de ses prérogatives dans les mains des acteurs privés. L'État ne constitue point le seul point d'ancrage de l'intérêt général, cette situation étant aux antipodes de la période *post* indépendance.

Le décalage dans la conception de l'intérêt général qui apparaît entre la pratique *post* indépendance et celle des réformes subséquentes est symptomatique d'une césure entre l'évolution conceptuelle de l'intérêt général et le droit positif en vigueur. Ni l'approche utilitariste ni celle volontariste de l'intérêt général n'est à même d'assurer sa protection efficace et effective. La pratique *post* coloniale s'est particulièrement conformée à la logique volontariste de l'intérêt général alors que les réformes mises en place à partir des années 1990 se sont essentiellement focalisées sur la valorisation de l'approche utilitariste de l'intérêt général. Si avec la mondialisation, l'approche utilitariste a gagné du terrain, il faudrait un équilibre. La protection de l'intérêt général demeure tout aussi incontournable, un véritable changement de paradigme devient impératif de la part des États africains en vue d'amorcer le développement économique et social africain. Il faudrait que les États africains prennent conscience de ces différents enjeux pour remodeler leur cadre juridique. Cela est valable également pour les organisations d'intégration sous régionales qui encadrent l'IDE dans le secteur minier au Mali.

Paragraphe 2 : L'impact relatif de la régionalisation sur l'encadrement des investissements dans le secteur minier malien

Pour faire face à la mondialisation et réaliser des économies d'échelle, les États ont tendance à se regrouper et constituer des intégrations régionales³⁰⁷. Cette intégration régionale est généralement économique³⁰⁸, mais elle peut aussi être juridique³⁰⁹. L'Union économique et monétaire ouest-africain (UEMOA) et la Communauté des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) constituent des cadres d'intégration sous régionale initiés par les États d'Afrique de l'Ouest. L'analyse de ces organisations est pertinente sur l'espace géographique, objet de notre recherche dans la mesure où elles interviennent dans l'encadrement du secteur minier au Mali en vue d'harmoniser les règles y applicables. Si la communautarisation de la réglementation du secteur minier malien apparaît comme une plus-value, sa contribution quant à une meilleure protection de l'intérêt général demeure relative (B). C'est à cela que ce paragraphe s'attèlera à démontrer en mettant en exergue au préalable l'émergence d'un véritable droit sous régional applicable au secteur minier malien (A).

³⁰⁷ L'intégration régionale se définit comme « la fusion de certaines compétences étatiques dans un organe super étatique ou supranational ». Voir Raymond Guillien et Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 10^{ème} éd., Dalloz, 1995, p. 311. Voir aussi l'article 24 du GATT de 1947.

³⁰⁸ L'intégration économique implique un abandon dans certains domaines de la souveraineté économique au profit d'une nouvelle entité souveraine commune. Voir Luc Marius Ibriga, Saïb Abou Coulibaly et Dramane Sanou, *Droit communautaire Ouest Africain*, Ouagadougou-Burkina Faso, UFR des sciences juridiques et politiques de l'Université de Ouagadougou, 2008, p.15-16.

³⁰⁹ L'intégration juridique quant à elle, constitue une stratégie complémentaire en ce « qu'elle consiste à créer un environnement juridique et judiciaire nécessaire à l'intégration à partir du socle de la coopération institutionnelle ». C'est le cas de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA). Voir *Ibid* à la p 20.

A- La consécration d'un droit sous régional et régional applicable au secteur minier malien

Le phénomène d'intégration sous régional a toujours existé en Afrique de l'ouest bien avant l'avènement de l'UEMOA³¹⁰ et de la CEDEAO³¹¹ qui sont des organisations économiques d'intégration sous régionale. De l'Union douanière des États d'Afrique de l'Ouest (UDEAO) à la Communauté des États d'Afrique de l'Ouest (CEA)³¹², la CEDEAO et l'UEMOA ont très vite repris les rênes de l'intégration économique en Afrique occidentale. La CEDEAO a été fondée sur la base du Traité révisé de 1993 et les multiples protocoles dont celui de 2001 sur la Démocratie et la bonne gouvernance, conclus depuis la création de cette organisation. L'UEMOA quant à elle, a été constituée par le Traité de 1994 modifié en 2003 ainsi que par des

³¹⁰ C'est en Janvier 1994 que fut créée l'Union Économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) par le Traité signé à Dakar par les Chefs d'États et de gouvernements de sept pays d'Afrique occidentale ayant en commun l'usage d'une monnaie unique le franc CFA. Les pays sont le Bénin, le Burkina Faso, la Cote d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. Le Traité est entré en vigueur le 1^{er} août 1994, après sa ratification par les États membres. La Guinée-Bissau va se joindre aux sept pays signataires du Traité en Mai 1997.

³¹¹ Quant à la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), elle a été créée par un Traité signé à Lagos (Nigeria) le 28 mai 1975 qui a été révisé par le sommet des chefs d'État tenu à Cotonou le 23 juillet 1993. Ses États membres sont : Benin, Burkina Faso, Cabo verde, Cote d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée Bissau, Liberia, Mali, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone, Togo. Voir Luc Marius Ibriga, Saib Abou Coulibaly et Dramane Sanou, *Droit communautaire ouest africain, supra* note 308 aux pp 44-45.

³¹² Il faut dire que depuis la période coloniale, des tentatives de régionalisation ont eu lieu à travers la Fédération de l'Afrique Occidentale française (AOF) pour aboutir à l'Union douanière des États de l'Afrique de l'Ouest (UDEAO) dont les pays membres sont la Cote d'ivoire, le Dahomey (actuel Bénin), la Haute-Volta (actuel Burkina Faso), le Niger, la Mauritanie, la Fédération du Mali. Cette Union UDEAO a été conçue comme un instrument de coopération commerciale plus approfondie à l'image de toute union douanière. Mais elle n'a pas réussi à fonctionner comme une zone de libre-échange dans la mesure où chaque pays membre continuait à taxer les importations en provenance de ses partenaires, en contradiction avec le Traité. Par la suite, les États membres vont chercher à aménager le modèle de coopération de manière plus approfondie et élargie à travers la signature en 1973 à Abidjan du Traité mettant en place la Communauté des États d'Afrique de l'Ouest (CEAO). De la CEAO, on se retrouve à la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et à côté de laquelle les États vont créer également l'Union économique et monétaire des États d'Afrique de l'Ouest (UEMOA) par le Traité de Dakar. Voir Makhtar Diouf, *Intégration économique, perspectives africaines*, Dakar, Nouvelles Éditions africaines/Publisud 1984, p.77; Luc Marius Ibriga, Saib Abou Coulibaly et Dramane Sanou, *Droit communautaire ouest africain, supra* note 308, p 44-45.

protocoles additionnels et d'autres traités (Traité de 2003 portant création du Parlement)³¹³. Ces Traités constitutifs se situent au sommet de la hiérarchie des sources du droit communautaire, souvent qualifiés de « charte constitutionnelle »³¹⁴. Ils définissent les grands principes relatifs au marché commun et les domaines de compétence des organisations, les institutions, les attributions et le mode de fonctionnement. L'article 6 paragraphe 2 du Traité CEDEAO stipule que « les institutions de la Communauté exercent leurs fonctions et agissent dans les limites des pouvoirs qui leurs sont conférés par le présent Traité et par les Protocoles y afférents »³¹⁵.

Outre le droit primaire, les organes des organisations internationales peuvent adopter des résolutions, recommandations, décisions, donner des avis et rendre des jugements. Ces actes constituent des actes dérivés, un droit légiféré par l'organisation de manière quasi autonome et pris en application et pour l'application des traités³¹⁶. La nomenclature des sources du droit dérivé s'articule autour du règlement, de la directive, de la décision, des recommandations et avis. L'article 42 du traité modifié de l'UEMOA stipule « La Conférence prend des actes additionnels (...), le Conseil édicte des règlements, des directives et des décisions; il peut également formuler des recommandations et/ou des avis; la commission prend des règlements pour l'application des actes du conseil et édicte des décisions; elle peut également formuler des recommandations et/ou des avis; le Parlement prend des actes dont le régime juridique est déterminé par le Traité portant création de cet organe »³¹⁷. Le droit dérivé de la CEDEAO est constitué des différents actes que prennent les institutions pour appliquer le droit primaire,

³¹³Traité de l'UEMOA en ligne, http://www.uemoa.int/fr/system/files/fichier_article/traitrevisuemoa.pdf.

³¹⁴Saidou Nourou Tall, *Droit des organisations internationales africaines, Théorie Générale Droit communautaire comparé, Droits de l'homme, Paix et sécurité*, Paris, L'Harmattan, 2015.

³¹⁵ Article 6 paragraphe 2 du Traité CEDEAO

³¹⁶ Saidou Nourou Tall, *Droit des organisations internationales africaines, Théorie Générale Droit communautaire comparé, Droits de l'homme, Paix et sécurité*, supra note 330, p.247.

³¹⁷ Article 42 du Traité révisé de l'UEMOA

comme les règlements, actes additionnels, directives, décisions, avis et recommandations. Les règlements, de manière générale, ont une portée générale, sont obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tout État membre. Les Directives lient tout État membre destinataire, quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et les moyens qui doivent être mis en œuvre pour atteindre lesdits résultats³¹⁸. Toute Directive fixe un délai de transposition durant lequel, les mesures nationales destinées à la mettre en œuvre doivent impérativement intervenir. En cas de non-transposition à l'issue du délai, la Commission peut introduire un recours en manquement devant la Cour de justice³¹⁹.

Ces précisions étant faites, l'UEMOA et la CEDEAO poursuivent des objectifs communs qui se recoupent et il n'est pas aisé de départager leurs domaines de compétence tant les missions de l'une sont susceptibles d'être assurées par l'autre. L'objectif fondamental des organisations africaines d'intégration sous régionale voire régionale est la réalisation d'un espace commun aux États membres. Cet objectif se subdivise en un objectif intermédiaire : le Marché commun³²⁰ et un objectif ultime : l'Union économique ou monétaire³²¹. Plus concrètement, l'UEMOA au-delà de sa vocation économique de mettre en place un vaste marché régional impliquant des économies d'échelle et une meilleure compétitivité des entreprises³²²,

³¹⁸ Article 43 Paragraphe 2 Traité UEMOA

³¹⁹ GERSDA, *Le Code minier du Mali et la Directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO : Éléments de comparaison dans une perspective de réforme de la législation minière malienne*, BAMAKO, GERSDA, Juin 2011 en ligne, <http://pubs.iied.org/pdfs/G03147.pdf>.

³²⁰ Le Marché commun est une des phases dans le processus d'intégration régionale économique qui correspond à la réunion des principaux facteurs de libre circulation (des biens, des personnes, des capitaux) à l'intérieur de la communauté et de l'institution d'un tarif extérieur commun pour les pays non membres à l'institution d'intégration. À ce stade, on dépasse le stade d'une simple intégration commerciale pour aborder le début d'une véritable intégration économique.

³²¹ L'Union économique quant à elle correspond au marché commun mais avec une harmonisation des politiques économiques, financières et sociales.

³²² Pour ce qui concerne les objectifs spécifiques de l'UEMOA, on mentionne « la nécessité d'étendre au domaine économique la solidarité qui lie les États membres sur le plan monétaire, la nécessité de favoriser le développement

poursuit une perspective monétaire. En ce sens, elle vise une harmonisation des politiques monétaires en se basant sur les prérogatives de l'Union monétaire d'Afrique de l'Ouest (UMOA)³²³ pour établir un véritable espace intégré en maintenant une monnaie unique. Le Traité UEMOA a pour ambition de passer de la coopération monétaire (UMOA) vers une intégration économique et monétaire³²⁴.

L'article 3 du Traité révisé de 1993 de la CEDEAO dans son premier paragraphe consacré aux buts et objectifs de l'intégration dispose que : « 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 ». La CEDEAO vise ainsi à réaliser l'intégration économique de ses pays membres ainsi que dans les autres domaines de la vie sociale pour parvenir à un développement harmonieux et le bien-être de ses populations. On aura compris que l'UEMOA et la CEDEAO poursuivent des objectifs similaires quant à la réalisation d'une véritable union économique même si la première a des visées monétaires. Pour atteindre cette

économique et social des États membres grâce à l'harmonisation de leurs législations, à l'unification de leur marché intérieur et à la mise en œuvre des politiques sectorielles communes dans les secteurs essentiels de leur économie, l'interdépendance de leurs politiques économiques, la nécessité d'assurer leur convergence». Voir aussi Luc Marius Ibriga, Saib Abou Coulibaly et Dramane Sanou, *Droit communautaire ouest africain*, supra note 324 à la p49.

³²³ L'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) est une zone monétaire se caractérisant par une même unité monétaire, le Franc de la Communauté Financière Africaine (F.CFA), dont l'émission est confiée à la Banque centrale des États d'Afrique de l'Ouest (BCEAO). L'UMOA comprend actuellement : le Bénin, le Burkina-Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. Voir <http://www.bceao.int/-UMOA,402-html>, consulté le 07 mai 2015. L'UEMOA constitue un élargissement de l'UMOA qui était en place des indépendances jusqu'à 1994. L'UEMOA a ajouté le volet économique aux objectifs de l'UMOA qui se focalisait sur l'intégration régionale autour de la monnaie.

³²⁴ L'UEMOA a été essentiellement fondée à partir de l'UMOA sous l'égide de la banque centrale des États d'Afrique de l'Ouest (BCEAO) qui est l'autorité émettrice de leur monnaie commune. Voir Saidou Nourou Tall, *Droit des organisations internationales africaines, Théorie Générale Droit communautaire comparé, Droits de l'homme, Paix et sécurité*, supra note 330.

ultime finalité, il est nécessaire de prévoir une harmonisation des politiques économiques des États membres. Cela passe par la mise en place de politiques sectorielles et de politiques communes autant par l'UEMOA que par la CEDEAO. Les politiques communes englobent en général celles sectorielles. La notion de politique sectorielle peut être définie comme « les orientations prises au niveau communautaire dans un secteur d'activité donné »³²⁵.

Pour permettre à la zone d'atteindre une certaine performance économique, les États membres entendent coopérer dans certains secteurs d'activités en vue de minimiser les coûts. Les politiques sectorielles de la CEDEAO sont contenues dans le Traité révisé lui-même : les ressources humaines et sociales, l'agro-alimentaire, l'industrie, l'énergie, l'environnement et les ressources naturelles, les transports, la science et la technologie, les télécommunications et le tourisme. Cependant, les politiques sectorielles de l'UEMOA sont consacrées par le Protocole additionnel N°II modifié par le Protocole N°IV, adopté le 09 janvier 2011. L'UEMOA dans le cadre de ses politiques sectorielles vise à coordonner les différentes actions dans certains domaines jugés essentiels au développement économique de ses membres. Si le secteur des ressources naturelles fait partie des politiques sectorielles de la CEDEAO, il faut dire que dans le cadre de l'UEMOA, le secteur minier relève des politiques communes. Ces politiques communes instituées par l'UEMOA concernent les domaines des ressources humaines, de l'aménagement du territoire, de la politique des transports et des télécommunications, de l'harmonisation de l'environnement, de la politique agricole, de la politique énergétique, de la politique industrielle et minière³²⁶.

³²⁵ *Ibid.*, p. 289.

³²⁶ Protocole Additionnel N° II relatif aux politiques sectorielles de l'UEMOA, en ligne http://www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/Protocole_additionnel_II.aspx.

Le secteur des ressources naturelles est une partie intégrante des matières qui font l'objet d'harmonisation juridique dans le cadre de la réalisation du marché commun et de l'intégration économique. Celle-ci nécessite d'une part, d'assurer une libre circulation des facteurs de production et d'autre part, une harmonisation des législations qui touchent aux objectifs de la libre circulation. Il est clair que les deux institutions ont voulu faire du secteur minier un domaine prioritaire en matière d'harmonisation des règles y applicables. Leurs États-membres se sont ainsi attelées à coordonner leurs activités dans ce secteur en vue d'en faire un moteur de développement économique et social. Dans le cadre de l'UEMOA, la Politique minière commune (PMC) adoptée en décembre 2000³²⁷ et le Code minier communautaire (CMC)³²⁸ constituent les deux instruments juridiques applicables au secteur minier. L'Acte additionnel définit « les programmes autour desquels s'articule la politique minière commune à savoir : l'harmonisation des cadres règlementaires; la promotion du secteur minier; la mise en place d'un système sous régional d'informations géo minière; le renforcement des capacités des structures institutionnelles et de recherche scientifique; le développement des échanges intra-africains de produits miniers; la préservation de l'environnement; l'incitation à la recherche et à l'exploitation des hydrocarbures »³²⁹. Au-delà de cette politique minière commune (PMC), le Conseil des ministres a adopté le 22 décembre 2003 par voie de règlement le code minier communautaire (CMC) de l'UEMOA. Ce code constitue principalement un instrument de promotion du secteur minier

³²⁷ Acte Additionnel N°01/2000 du 14 décembre 2000 portant adoption de la Politique Minière Commune de l'UEMOA, en ligne http://www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/AA_01_2000.aspx.

³²⁸ Règlement N°18/2003/CM/UEMOA portant Code minier communautaire de l'UEMOA.

³²⁹ Article 3 de l'Acte Additionnel N° 01/2000 du 14 décembre 2000 portant adoption de la Politique Minière Commune de l'UEMOA, en ligne http://www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/AA_01_2000.aspx.

au sein de l'Union. Il s'applique uniformément sur toute l'étendue du territoire de l'Union, à toute personne physique ou morale en vertu de l'article 3 dudit règlement³³⁰.

Le code minier communautaire de l'UEMOA est « un instrument de promotion du secteur minier qui régit l'ensemble des opérations portant sur la prospection, la recherche, l'exploitation, la circulation, le traitement, le transport, la possession, la transformation et la commercialisation de substances minérales sur toute l'étendue du territoire communautaire, à l'exception des hydrocarbures liquides et gazeux » conformément à l'article 2 dudit Règlement³³¹. C'est un code qui consolide la politique de promotion des investissements privés étrangers de ses États membres en offrant un ensemble d'avantages et de garanties³³² aux titulaires de titres miniers, notamment, durant la phase d'exploitation et met à leur charge certaines obligations. Sont aussi garantis entre autres, le libre choix des fournisseurs, des sous-traitants ainsi que des partenaires, le libre transfert (des différents bénéfices et des devises

³³⁰ Article 3 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 Décembre 2003 portant Code minier communautaire UEMOA.

³³¹ Article 2 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 Décembre 2003 portant Code minier communautaire UEMOA.

³³² Article 13 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 Décembre 2003 portant Code minier communautaire UEMOA dispose que : « Les États 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 garanti 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 ».

nécessaires aux activités) ainsi que la libre circulation et libre commercialisation des produits semi-finis et finis³³³, de même que la stabilité du régime fiscal³³⁴.

Quant à la CEDEAO, le cadre législatif se résume essentiellement à l'adoption d'une Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier³³⁵. L'adoption de cette Directive s'inscrivait dans un processus de réflexion et de consultation que l'organisation sous régionale a débuté depuis quelques années sur le secteur minier des États membres³³⁶. La Directive de la CEDEAO se fixe un certain nombre d'objectifs pour le secteur minier de ses États membres à travers, notamment, « l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier, basé 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

³³³ Voir les articles 14, 15, 16 et 17 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 Décembre 2003 portant Code minier communautaire UEMOA. L'article 16 dispose que « les États-membres conformément aux textes en vigueur au sein de l'Union, garantissent aux titulaires de titres miniers, à leurs fournisseurs et 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 ».

³³⁴ Aux termes de l'article 17 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 Décembre 2003 portant Code minier communautaire UEMOA de l'UEMOA, « 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 ».

³³⁵ Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier, en Ligne, http://www.comm.ecowas.int/sec/fr/directives/ECOWAS_Mining_Directives.pdf.

³³⁶ Groupe d'étude et de recherche en Sociologie et droit appliqué (GERSDA), Faculté des Sciences Juridiques et Politiques (FSJP) de l'Université de Bamako, *Le code minier du Mali et la directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO : Éléments de comparaison dans une perspective de réforme de la législation minière malienne*, Bamako, 2011 à la p 2.

des communautés locales et de l'environnement dans les zones minières de la sous- région»³³⁷. La consécration d'un véritable droit communautaire applicable au secteur minier devient ainsi une réalité dans cette zone de l'Afrique.

Ce droit sous régional a pour ambition de promouvoir les investissements privés étrangers dans le secteur minier, d'améliorer les ressources financières de l'État, d'inciter à la transformation sur place des produits miniers. Ces objectifs visent à faire du secteur minier non seulement, le moteur du développement économique,³³⁸ mais également à assurer une meilleure protection de l'intérêt général des États et de leurs populations. Reste à analyser si de tels objectifs ont effectivement amélioré la protection de l'intérêt général dans le cadre juridique de l'IDE dans le secteur minier malien.

B- Un droit sous régional et régional perfectible face aux enjeux de la protection de l'intérêt général au Mali

³³⁷ Article 2 de la Directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO portant sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier. L'alinéa 2, 3, 4 et 5 du même article 2 poursuivent : « 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; 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; Doter les États-membres d'une politique minière et d'un cadre juridique harmonisés; S'assurer que l'harmonisation prend en compte les différents niveaux auxquels chaque État 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 État-membre ».

³³⁸ Selon le Protocole additionnel N°02 de L'Union CEDEAO, « la politique minière de l'Union doit contribuer à : l'émergence d'entreprises performantes y compris communautaire; la valorisation des ressources agricoles, pastorales et halieutiques de l'Union; L'harmonisation des cadres réglementaires des activités industrielles et minières, notamment l'élaboration d'un code communautaire des investissements; Le développement économique équilibré des différentes régions de l'Union ». Voir aussi Luc Marius Ibriga, Saib Abou Coulibaly et Dramane Sanou, *Droit communautaire ouest africain*, *supra* note 308 à la p. 275.

L'instauration d'une réglementation minière sous régionale participe à la création d'un climat global propice aux investissements et au traitement égalitaire des investisseurs au sein de l'Union³³⁹. Grâce à l'intervention de l'UEMOA dans la politique minière de ses États membres, de nettes améliorations ont été notables dans le secteur minier³⁴⁰. La promotion du développement minier s'est véritablement enrichie avec l'organisation sous l'égide de l'UEMOA, des journées minières qui sont de véritables cadres d'échanges et de promotion du secteur minier. De plus, la PMC et le CMC de l'UEMOA ont contribué à mettre en œuvre la Vision minière pour l'Afrique qui veut faire du secteur minier en Afrique, un levier efficace de développement socio-économique durable³⁴¹. Le code minier communautaire de l'UEMOA a aussi contribué à consolider la politique de promotion des investissements internationaux dans les dispositions minières nationales au Mali. Quant au rapport entre le Règlement communautaire portant code minier et les dispositions minières nationales, il faut préciser que la législation minière communautaire dans son ensemble a prééminence sur l'ensemble des dispositions nationales contraires³⁴².

Par rapport à la CEDEAO, son dispositif juridique sur le secteur minier se focalise essentiellement sur une Directive à laquelle les États membres ne sont tenus qu'à l'égard des objectifs à atteindre dans un délai déterminé. Ils demeurent libres du choix, de la forme et des

³³⁹ Direction Générale des Études économiques et de la monnaie, *Étude monographique sur le secteur de l'or dans l'UEMOA*, BCEAO, Février 2013, p.10.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ Voir la Vision minière pour l'Afrique : un programme de développement transformateur, en ligne http://www.ccic.ca/_files/fr/working_groups/2013-01-02-AMV_backgrounder.pdf, consulté le 19 mars 2016; voir aussi <http://www.nsi-ins.ca/wp-content/uploads/2014/05/Brief-Shaw-Post-2015-Natural-Resource-Governance-in-Africa-FRENCH.pdf>.

³⁴² Oumar Cissé, *Le Droit Minier face à la Souveraineté des États*, supra note 271 à la p 84. Voir aussi l'article 41 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 Décembre 2003 portant *Code minier communautaire UEMOA*, qui dispose que : « 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 ».

moyens de mise en œuvre au niveau des instances nationales³⁴³. Toutefois, les dispositions de la Directive sont plus protectrices de l'intérêt général en termes de protection de l'environnement, des communautés locales ainsi que du développement économique et social des populations et de la prise en compte des droits de l'homme comparativement au Règlement communautaire de l'UEMOA. L'article 15 alinéa 1 et 2 de la Directive de la CEDEAO stipule que : « 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 minières³⁴⁴. Les États membres et les titulaires de droits et titres 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 ». Si certaines dispositions de la Directive se retrouvent dans les législations minières maliennes, la protection des droits de l'homme n'apparaît pas au cœur de ladite législation. Cette dernière est censée se mettre en conformité par rapport à la CEDEAO. La date à laquelle les États devraient se conformer à la Directive est arrivée à échéance. Jusqu'à date, la CEDEAO est habilitée à intenter un recours contre l'État malien pour non-conformité à la Directive mais aucune action n'a été pour le moment envisagée.

De ce qui précède, il résulte que la protection de l'intérêt général dans le dispositif minier de l'UEMOA est plus faible que celui de la CEDEAO parce que la première s'est davantage

³⁴³ Groupe d'étude et de recherche en Sociologie et droit appliqué (GERSDA), Faculté des Sciences Juridiques et Politiques (FSJP) de l'Université de Bamako, *Le code minier du Mali et la directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO : Éléments de comparaison dans une perspective de réforme de la législation minière malienne*, Bamako, 2011.

³⁴⁴ Article 15 alinéa 1 et 2 de la Directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO.

focalisée sur les mesures incitatives en faveur des titulaires de titres miniers. De notre point de vue, le développement du volet économique des ressources naturelles est davantage prioritaire pour l'UEMOA. Tandis que la politique de la CEDEAO a pour vocation de faire du secteur minier le moteur du développement économique,³⁴⁵ tout en assurant une meilleure protection de l'intérêt général des États et de leurs populations. Si le code minier communautaire de l'UEMOA a contribué à la consolidation du cadre juridique de promotion des investissements miniers, la Directive de la CEDEAO procède d'une logique plus protectrice des enjeux sociaux et environnementaux. La force obligatoire de la Directive demeure toutefois relative dans la mesure où elle n'est applicable qu'au résultat à atteindre. Cela réduit considérablement l'impact de la Directive de la CEDEAO sur l'encadrement du secteur minier malien. Il peut en être déduit que la régionalisation du secteur minier au Mali n'a pas impulsé le changement escompté.

Sur le plan régional, la Vision Minière pour l'Afrique (VMA) constitue une initiative des Ministres africains, adoptée en 2009. Elle vise la réalisation d'une « exploitation équitable et optimale des ressources minières en vue d'une large croissance durable et d'un développement socio- économique équilibré ». La VMA résulte d'une prise de conscience généralisée selon laquelle l'Afrique devrait se doter d'un régime de responsabilité pour les industries extractives. C'est un cadre d'orientation panafricain établi par un réseau d'initiatives aux niveaux régional, continental et mondial qui visent à transformer le secteur minier de l'Afrique en faveur de son

³⁴⁵ Selon le Protocole additionnel N°02 de L'Union CEDEAO, « la politique minière de l'Union doit contribuer à : l'émergence d'entreprises performantes y compris communautaire; la valorisation des ressources agricoles, pastorales et halieutiques de l'Union; L'harmonisation des cadres réglementaires des activités industrielles et minières, notamment l'élaboration d'un code communautaire des investissements; Le développement économique équilibré des différentes régions de l'Union ». Voir aussi, Luc Marius Ibriga, Saib Abou Coulibaly et Dramane Sanou, *Droit communautaire ouest africain*, supra note 308 à la p. 275.

développement durable. Elle repose sur six principaux domaines d'intervention qui orientent l'utilisation des richesses minières de l'Afrique en faveur de son développement durable : l'amélioration de la qualité des données géologiques, l'amélioration de la capacité de gouvernance du secteur minier, l'amélioration de la capacité de négociation des contrats, l'amélioration de la capacité de gestion des richesses minières, pallier l'insuffisance des infrastructures en Afrique, encourager l'exploitation minière artisanale et à petite échelle.

Les États membres de l'Union africaine sont tenus d'adopter pleinement la VMA et d'aligner les politiques nationales de leur secteur minier sur ses dispositions. En effet, la mise en œuvre nationale de la VMA incombe à chaque pays africain. Cette mise en œuvre nécessite que chaque pays aligne sur la VMA ses lois, politiques et réglementations applicables au secteur minier ainsi que son système national de planification du développement. La majorité des politiques et législations minières africaines ne l'a pas encore intégré. Presque dix années après son adoption, la mise en œuvre de la VMA reste problématique et tarde à être effective³⁴⁶. Selon cette étude de OXFAM, la VMA souffre d'un manque de notoriété parmi les principales parties prenantes du secteur minier, et notamment, auprès des décideurs politiques, de la société civile, des communautés affectées par l'exploitation minière. Compte tenu de son caractère volontaire, la participation d'un large public est essentielle pour pouvoir demander des comptes aux gouvernements sur la mise en œuvre de la VMA. Ceci permettrait de construire également un consensus autour de la gouvernance du secteur minier en Afrique. La VMA détient un fort potentiel pour faire des enjeux du développement durable local, national voire régional une

³⁴⁶ OXFAM, *De l'aspiration à la réalité, Analyse de la vision minière pour l'Afrique*, en ligne <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/bp-africa-mining-vision-030317-fr.pdf>.

réalité. Elle incarne un véritable changement de paradigme en matière de mise en valeur des ressources minières en Afrique.

Après analyse du cadre juridique de l'exploitation minière à grande échelle au Mali, une tendance se dégage : une politique promotrice des investissements privés étrangers afin de mettre en avant les potentialités minières au détriment de la protection des droits de l'homme et du développement durable. La protection de l'intérêt général et le droit positif malien ne s'arriment point, que ce soit durant la période *post* coloniale ou à partir des années 1990. Les réformes entreprises, à partir des années 1990 jusqu'à ce jour ont particulièrement répondu à la nécessité de se conformer aux exigences d'une économie de marché et celles de la mondialisation. La question d'équilibre entre protection de l'intérêt général et celle des investissements internationaux, bien qu'étant une des ambitions des politiques et législations minières, relèverait davantage d'une illusion que de la réalité et cela, malgré les efforts des différentes législations minières mises en œuvre par le Mali. Le constat de la dichotomie entre le contenu de l'intérêt général et le droit positif postulé est une évidence.

La tendance générale qui se dégage de l'environnement minier international est celle de la montée du nationalisme des États³⁴⁷. C'est-à-dire que les États cherchent de manière croissante à recouvrer leur souveraineté sur l'exploitation des ressources naturelles. Hélas, n'ayant pas encore pris conscience de l'importance de la protection de l'intérêt général dans leurs législations minières, les États africains continuent de sacrifier l'héritage minéral des générations futures. Les politiques et lois minières au Mali qui priorisent les revenus financiers

³⁴⁷ Pierre Langlois, Le régime minier au Québec, Séminaire sur le droit minier organisé par la Chaire en Entrepreneuriat Minier UQAT-UQAM en Mars 2014, en ligne <http://uqat.ca/cem/?lang=fr&menu=activites&sm=activites-realisees>.

de l'exploitation minière au détriment des préoccupations d'intérêt général, en constituent un exemple patent.

Section 2 : De la prise en compte de l'intérêt général, entre occasion manquée et prééminence économique

S'il ressort que les législations minières maliennes ont fait l'objet de nombreuses évolutions tout en ayant la protection de l'intérêt général au cœur de ses préoccupations, l'objectif assigné a toujours été la proie d'autres impératifs qui l'ont quelque peu relégué au second plan. La majorité de ces États souffre de leur incapacité à orienter les flux d'investissement en fonction de leurs priorités nationales liées aux enjeux de développement économique et social. Cette deuxième section nous permettra d'approfondir les aspects liés au fossé qui existe entre le droit positif et la protection de l'intérêt général. Plus concrètement, il s'agira de démontrer que les enjeux de développement économique apparaissent prioritaires pour le secteur minier malien (paragraphe 1) au détriment de préoccupations d'intérêt général (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La contribution de l'exploitation minière à l'effort du développement économique

Pour comprendre la contribution de l'exploitation minière malienne au développement économique (paragraphe 1), il faudra au préalable appréhender les liens entre celle-ci et les enjeux de développement (paragraphe 2).

A- Exploitation minière et développement économique

La notion de développement fait partie de ces concepts qui ne bénéficient pas encore de consensus quant à leur définition. Le développement est un concept interdisciplinaire dont l'appréhension ne devrait pas être confinée uniquement à une approche quantitative. En effet, la notion de développement et celle de croissance économique sont souvent assimilées alors qu'elles ne sont pas synonymes³⁴⁸. La croissance est un phénomène quantitatif d'accumulation de richesses tandis que le développement intègre de plus en plus des aspects plus qualitatifs. Le développement nécessite ainsi l'amélioration du bien-être des populations ainsi que de leurs conditions de vie³⁴⁹. Il symbolise également une source de croissance même si la croissance économique ne conduit pas forcément au développement³⁵⁰. L'expression développement économique pourrait paraître, à certains égards, anachronique avec l'apparition du concept de développement durable (DD). Pourtant, il faut le dire, les aspects économiques demeurent prédominants dans le secteur des investissements où la mobilité des capitaux étrangers est considérée comme facteur de croissance économique donc synonyme de développement³⁵¹.

Sans une définition claire de la

³⁴⁸ « La croissance économique s'entend de l'augmentation soutenue pendant une ou plusieurs longues périodes d'un indicateur de dimensions », voir Dictionnaire économique et social, Paris, Hatier, 1990, p.115.

³⁴⁹ Le programme des Nations unies pour le développement (PNUD) a ainsi remplacé « l'ancienne unité de mesure du développement (PNB par habitant) par l'Indice de développement humain (IDH) qui combine des indicateurs plus qualitatifs du développement : pouvoir d'achat, niveau d'instruction, espérance de vie, etc ». Voir, Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), Rapport annuel sur le développement humain, 2001, en ligne : undp.hdr.undp.org/fr/rapports/mondial/rdh2001; Dominique Carreau et al, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009 à la p 52.

³⁵⁰ Un pays peut enregistrer un taux de croissance positif comme c'est le cas de nombreux pays africains. Mais il peut arriver qu'une petite portion de la population s'approprie les fruits de cette croissance, ce qui renforce les disparités et les inégalités entre les diverses couches de la population. En effet, les populations ne perçoivent pas les retombées de cette avancée sur leurs dépenses quotidiennes (logement, nourriture, soins de santé). Dans ce cas de figure, la croissance ne peut être synonyme de développement économique et social.

³⁵¹ Nitish Monebhurrin, *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, supra note 155.

notion de développement, celle-ci apparaît en droit international des investissements comme une finalité ultime dans le préambule de plusieurs traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs à la protection de l'investissement³⁵².

Le préambule de la Convention de Washington instituant le Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) énonce que, « les investissements privés internationaux jouent un rôle dans la coopération internationale pour le développement économique »³⁵³. Au-delà, une des conditions pour que l'investissement soit admissible à la garantie de l'Agence multilatérale pour la garantie des investissements (AMGI), est qu'il doit contribuer au développement du pays d'accueil³⁵⁴. Cette institution rattachée à la Banque mondiale dont le rôle est d'encourager les investissements privés productifs en assurant la couverture des risques par des assurances n'accorde sa garantie qu'aux projets d'investissements économiquement justifiés et qui contribuent au développement économique du pays d'accueil. Pour évaluer la contribution de l'investissement au développement, l'agence prend en considération certains facteurs dont : la possibilité du projet à procurer des recettes au pays

³⁵² Sebastian Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autres états : trente années d'activité du CIRDI*, supra note 135 à la p 43; Yas Banifatemi, *Unresolved issues in Investment Arbitration*, Vienna, Modern Law for Global Commerce, Congress to celebrate the fortieth session of UNCITRAL, 12 July 2007, 1-2; Christophe Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p.116. Le préambule de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) dispose que « Le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique, ayant résolu (...) de contribuer au développement et à l'essor harmonieux du commerce mondial ainsi qu'à l'expansion de la coopération internationale (...) », voir le site de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), <https://www.nafta-sec-alena.org/Accueil/Textes-l%C3%A9aux/Accord-de-libre-%C3%A9change-nord-am%C3%A9ricain>.

³⁵³ La Convention de Washington instituant le Centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI), adoptée sous l'égide de la Banque Mondiale énonce dans son préambule, « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés internationaux ».

³⁵⁴ Ferhat Horchani, « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissements » dans *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Cahiers internationaux Pedone, 2009, p. 49-66;

d'accueil, la contribution du projet à la croissance du potentiel productif, les effets du projet sur l'infrastructure sociale et environnementale du pays d'accueil, etc³⁵⁵.

Le préambule de l'Accord de promotion et de protection de l'investissement entre le Canada et le Mali stipule que « reconnaissant que la promotion et la protection des investissements faits par les investisseurs d'une Partie sur le territoire de l'autre Partie sont propres à stimuler une activité économique mutuellement avantageuse et à favoriser le développement de la coopération économique entre elles et la promotion du développement durable »³⁵⁶. Le développement économique apparaît ainsi essentiel à tout investissement. Pas de développement sans investissement et tout investissement suppose une contribution au développement³⁵⁷. La contribution au développement n'a pas pu intégrer de manière unanime les critères de définitions d'un investissement. Maintes sentences arbitrales ont développé des pistes de qualification de l'investissement en vue de prendre en compte la contribution au développement des États hôtes. Il en est ainsi dans l'affaire *Fedax c Venezuela* rendue en 1997³⁵⁸ où les arbitres ont tenté pour la première fois dans l'histoire du CIRDI, une définition de l'investissement sur le critère du développement économique. Selon les arbitres dans ce

³⁵⁵ Peter Schaufelberger, *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement: étude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)*, supra note 8.

³⁵⁶ Accord de promotion et de protection entre le Canada et la république du Mali, en ligne <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/mali/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>.

³⁵⁷ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, supra note 8 à la p. 49; Voir aussi sur les notions d'investissement et de développement, Robert Charvin, *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, Harmattan, 2002; Lévesque Marie-Claude, *Investissement direct étranger, souveraineté nationale et développement : l'exploitation et le commerce du cuivre au Chili*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012; Colloque juridique international sur *Les investissements et le développement économique des pays du tiers-monde*, Paris, Pedone, 1968; Byung-Hwa Lee, *L'IDE des pays en développement : un vecteur d'échanges et de croissance*, Paris, OCDE, 2002; Bonnie Campbell et al, *Mining in Africa : regulation and development*, London Eng, New York, NY, Pluto Press ; Ottawa, Ont, 2009.

³⁵⁸ *Fedax c Venezuela* (1997) ARB/96/3 CIRDI.

contexte, « un investissement se caractérise par une certaine durée, une régularité en matière de profits et de revenus, une certaine prise de risques, un engagement substantiel et un intérêt certain pour le développement du pays d'accueil ». L'affaire *Salini c Maroc*³⁵⁹ de juillet 2001 va confirmer cette nouvelle tendance, le développement économique comme critère déterminant un investissement dans le cadre du CIRDI. De même, l'affaire *Mitchell c République démocratique du Congo (RDC)*³⁶⁰ en 2004 consacre ce critère de développement économique, et selon les arbitres dans cette affaire, « en l'absence de contribution au développement économique de l'état d'accueil, une opération ne saurait être qualifiée d'investissement au sens de l'article 25(1) de la convention de Washington ».

Cependant, on se rend très vite compte que cette évolution du critère de développement économique au niveau jurisprudentiel reste instable, surtout à la suite de la sentence *Consortium Groupement Lesi Dipenta c Algérie*³⁶¹. Le tribunal y a noté qu'« il paraît conforme à l'objectif auquel répond la convention qu'un contrat, pour constituer un investissement au sens de la disposition, remplisse les trois conditions suivantes ; il faut *a)* que le contractant ait effectué un apport dans le pays concerné, *b)* que cet apport porte sur une certaine durée, et *c)* qu'il comporte pour celui qui le fait un certain risque. Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement au développement économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus »³⁶². L'affaire *MHS c*

³⁵⁹ *Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c. Royaume du Maroc* (2001) ARB/ 05/10 CIRDI.

³⁶⁰ *Patrick Mitchell c République démocratique du Congo* (1999) ARB/99/7 CIRDI.

³⁶¹ *Consortium Groupement LESI-DIPENTA c Algérie* (2005) ARB/03/08, déc. sur la compétence CIRDI.

³⁶² Walid Ben Hamida, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » *supra* note 103 à la p 18.

*Malaisie*³⁶³ dans laquelle l'arbitre unique décida que l'opération projetée ne remplissait pas la contribution qu'il qualifiait significative du développement du pays d'accueil³⁶⁴ est venue davantage complexifier les solutions retenues précédemment car mentionnant que la contribution au développement économique se devait d'être significative. Ainsi devant les difficultés de dire ce qu'est le développement économique, et de parvenir à un consensus sur la nécessité de l'inclure comme quatrième critère, il a été laissé à la discrétion des États. Si on revient à l'affaire FEDAX, elle indique qu'« une opération peut être considérée comme contribuant au développement d'un pays si les autorités compétentes de l'état d'accueil la qualifient comme telle ». À partir du moment où un État accepte sur son territoire un investissement étranger conformément à sa réglementation, il faut supposer que ce dernier participe au développement de son économie.

Il revient dès lors aux dispositions des législations nationales d'investissement d'orienter l'IDE en fonction de leurs priorités nationales de développement pour que celui-ci puisse contribuer au développement économique. Il incombe aux États d'apprécier si, en acceptant tel investissement, celui-ci contribuerait significativement à leur développement économique. Les politiques de promotion et de protection des IDE jouent de ce fait un rôle capital dans les

³⁶³ *Malaysian Historical Salvors c Malaisie*, 2007. Dans cette affaire, les parties en litige concernent la société de droit malais Malaysian historical salvors (MHS) et la Malaisie, le litige porte sur l'exécution d'un contrat dit de sauvetage maritime par lequel MHS s'engageait à localiser et remonter à la surface l'épave d'un bâtiment anglais du début du XIXème siècle coulé au large de la Malaisie avec sa cargaison avant d'inventorier celle-ci et de la vendre aux enchères. Le contrat signé entre MHS et le gouvernement malais comportait une clause dite de « no find-no pay » par laquelle MHS ne recevrait aucune rémunération si elle ne localisait pas l'épave. Dans le cas inverse, MHS recevrait une part importante du montant des enchères. Le tribunal conclut qu'il n'y avait pas de contribution substantielle car la nature des avantages offerts par le contrat avec la Malaisie n'apportait pas d'avantages substantiels au sens envisagé par la jurisprudence antérieure du CIRDI. Le tribunal a conclu que son opération ne constitue pas un investissement au sens de la convention de Washington.

³⁶⁴ Ferhat Horchani, « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissements » supra note 354 aux pp 62-65.

politiques économiques des États en développement³⁶⁵. L'investissement³⁶⁶ étant défini selon les économistes, comme une opération effectuée en vue d'accroître les capacités de production d'un pays, il apparaît de manière claire un lien étroit entre investissement et croissance par conséquent le développement. Dans cette perspective, les enjeux économiques vont représenter un pan important de l'exploitation minière pour les États d'accueil en développement. Il faudrait comprendre que la réglementation de l'activité minière vise à répondre aux objectifs liés à des projets de développement économique et social bien que la corrélation entre exploitation minière et développement reste relative. Même la littérature demeure partagée en la matière et n'arrive pas à mettre en évidence la pertinence de rapports étroits entre développement et flux d'investissement. Ce scepticisme n'a pas empêché les États africains à continuer à percevoir les investissements internationaux comme une opportunité de développement de leurs économies.

³⁶⁵ Jean-Pierre Laviee, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, Paris, 1ère Presses universitaires de France, 1985; Charles Oman, *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers?: une étude de la concurrence entre gouvernements*, OCDE, Paris, 2000; Hatem Fabrice, *Investissement international et politiques d'attractivité*, Paris, Economica, 2004; Claire Mainguy et Segal B Diallo, « La contribution du secteur de l'or à l'économie malienne » dans *Quelle intégration internationale pour l'Afrique?*, supra note 273; Christian Haberli, *Les investissements étrangers en Afrique : avec des études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

³⁶⁶ Hervé Causse, Marcel Sinkondo et Théodore Georgopoulos, *Le concept d'investissement : regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2011; Dolzer Rudolf, *Principles of international investment law*, Second edition, United Kingdom, Oxford University Press, 2012; Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004; Anne Gilles, *La définition de l'investissement international*, Paris, Larcier, 2012; Jeswald W Salacuse, *The law of investment treaties*, Toronto, coll The Oxford international law library, Oxford, 2010; Leben Charles, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Paris, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006; Dieudonné Edouard Onana Onguene, *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruxelles, Bruylant, 2012; Kahn Philippe, « les définitions de l'investissement international » (2009) 21 Cah Int Pedone 11-16; Farouk Yala, *la notion d'investissements dans la jurisprudence du CIRDI : actualité d'un critère de compétence controversé*, Institut des hautes études internationales, colloque du 03 Mai 2004; Ali Bencheneb, « L'évolution de la notion d'investissement » dans *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, France, Pedone, 2009; B Poulain, « l'investissement international : définition ou définitions? » dans *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Académie de droit international de la Haye, 2007, P. 123 et S.

Il est attendu de l'exploitation minière qu'elle relève les défis du développement économique et social au Mali et qu'elle puisse réduire la pauvreté. Faire de l'exploitation minière le moteur du développement économique et social constitue la finalité ultime des législations et réglementations minières maliennes. Ces dernières mettent en avant les mécanismes juridiques par lesquels l'exploitation minière va être orientée vers les objectifs de développement économique et social. Cela démontre l'importance capitale que recouvrent les lois minières pour les politiques de développement de ces États. A cet effet, le gouvernement malien a exprimé clairement sa volonté de faire du secteur minier « un moteur de développement socio-économique et un levier de croissance pour d'autres sous-secteurs, en vue de favoriser la création de nouveaux revenus pérennes, promouvoir l'emploi et réduire ainsi la pauvreté »³⁶⁷. Aux termes de la Déclaration de politique minière du Mali³⁶⁸, l'objectif principal assigné par le Gouvernement au secteur minier est l'accroissement de la part des produits miniers dans le PIB et l'accroissement du bien-être social du peuple malien grâce à une juste redistribution des revenus tirés du secteur minier³⁶⁹.

D'un point de vue macroéconomique et au regard des statistiques ainsi que d'autres études réalisées³⁷⁰, le secteur de l'or malien a commencé à fournir des devises importantes et

³⁶⁷ Note de cadrage du Forum national sur l'orpaillage au Mali, tenu à Bamako du 18 au 20 septembre 2014.

³⁶⁸ Une Déclaration de politique minière est un document émanant du pouvoir exécutif décrivant l'évolution que le gouvernement veut suivre en matière de politique à appliquer au secteur minier, et ce en tentant de se définir un but et en précisant les moyens qu'il va mettre à disposition pour y arriver. Dans le contexte malien, la Déclaration de politique minière adoptée en 1998 avait pour objectif l'accroissement substantiel de la part des produits miniers dans le Produit intérieur brut. Pour ce faire, le Gouvernement réaffirme sa volonté de faire du secteur privé le moteur du développement des activités minières, en favorisant l'investissement privé dans un cadre réglementaire et institutionnel adéquat et en supervisant la mise en œuvre de cette politique.

³⁶⁹ Amadou, Keita, Moussa Doumbo et Kader Traoré, *L'analyse comparative des contrats miniers au Mali. Cadre juridique de l'exploitation minière malienne et aspects généraux des contrats miniers*, Étude commanditée par la Coalition Publiez ce que vous payez, GERSDA : Bamako, Octobre 2015.

³⁷⁰ Claire Mainguy, « La contribution du secteur de l'or à l'économie malienne » dans *Quelle intégration internationale pour l'Afrique? supra note 273; Doing business, Comparaison des réglementations du climat des*

des recettes fiscales non négligeables comparativement aux années antérieures à 1990³⁷¹. L'industrie aurifère génère 65 à 70% des recettes d'exportation et 21 à 28% des recettes fiscales³⁷². Entre 2008 et 2012, les apports du secteur minier au Budget national ont maintenu une tendance à la hausse avec un taux d'accroissement moyen annuel de 21.1%³⁷³. Deux cent dix-huit (218) milliards de franc CFA de ressources fiscales et parafiscales ont été générés par le secteur minier en 2013. Le tableau suivant précise la contribution du secteur minier au budget de l'État du Mali de 2006 à 2014 :

affaires dans les pays-membres de l'OHADA, BM et SFI, Washington, DC, 2012, en ligne : <www.doingbusiness.org>; Annuaire statistique 2012 Mines et géologie, Cellule de planification et de statistique du secteur Mines et Énergie, Ministère des Mines, Juin 2013; Moore Stephens, Comité de Pilotage pour la mise en œuvre de l'initiative pour la transparence dans les industries extractives au Mali, *Étude de cadrage pour l'année 2012*, Ministère des Mines, République du Mali, Octobre 2014; Amadou Keita, Kadari Traoré et Moussa Djiré, *Morila: maintenant et après, où va l'argent de la mine* supra note 318; Direction Générale des Études économiques et de la monnaie, supra note 137; Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 295; Tidiani Al Moulaye Guindo, *Les investissements étrangers dans la production de l'or en république du Mali et le développement économique*, Mémoire de Maitrise, Université René Descartes, Paris, 2008.

³⁷¹ Moore Stephens, Comité de Pilotage pour la mise en œuvre de l'initiative pour la transparence dans les industries extractives au Mali, *Étude de cadrage pour l'année 2012*, supra note 370; Patrick Fossat, Gilles Montagnat-Rentier, Patrick Petit, Gilles Parent, Gérard Chambas et Johanne Russel, supra note 7.

³⁷² Mohamed KEITA, *Politique minière du Mali*, supra note 26.

³⁷³ Selon le Rapport du Fonds monétaire international (FMI), « en 2012, les recettes en provenance des titulaires de permis d'exploitation totalisaient (il s'agit des recettes fiscales des exploitations minières y compris les charges sur la masse salariale et les salaires, les dividendes et taxes sur la production) 170, 3 milliards de FCFA, soit 19, 6% des recettes totales du pays, ou 3,4 % du PIB (ces chiffres n'incluent pas les sous-traitants et sous-estiment donc l'apport du secteur minier aux revenus de l'État et dans le PIB). Un tel niveau de recettes représente une manne substantielle pour les deniers publics de l'État », voir Patrick Fossat, Gilles Montagnat-Rentier, Patrick Petit, Gilles Parent, Gérard Chambas et Johanne Russel, *Rapport d'assistance technique poursuivre la modernisation du système fiscal et de son administration* supra note 7, en ligne <http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/scr/2013/cr13356f.pdf>.

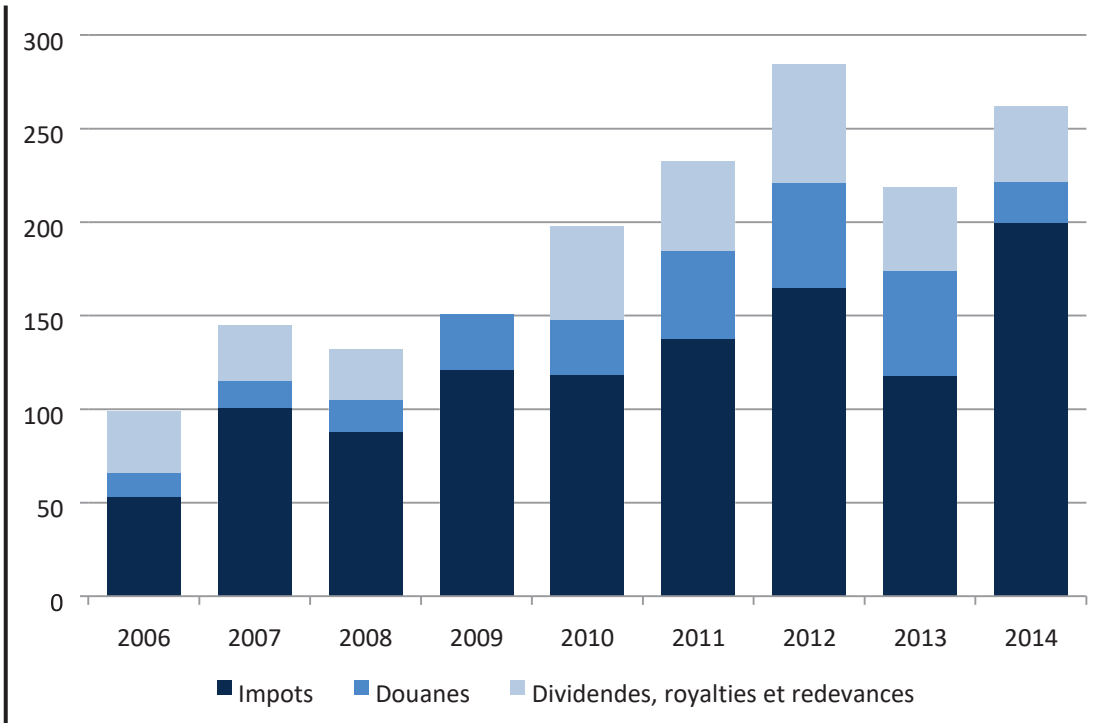


Figure 1. Source : Cellule de planification et des statistiques du Ministère des Mines

Pour ce qui est des effets de la production d'or sur l'économie, les estimations du Rapport de 2014 de l'initiative pour la transparence sur les industries extractives (ITIE) au Mali montraient que la contribution du secteur minier malien au PIB était presque à 7% en 2014³⁷⁴. Le tableau suivant nous renseigne sur l'évolution de la contribution du secteur minier au PIB (milliards de franc CFA) de 2006 à 2012 :

³⁷⁴ Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE), *Réconciliation des flux de paiement effectués par les entreprises extractives et des revenus perçus par l'État pour l'année 2012*, Rapport final, Décembre 2014, en ligne https://eiti.org/sites/default/files/documents/2012_mali_eiti_report_fr.pdf.

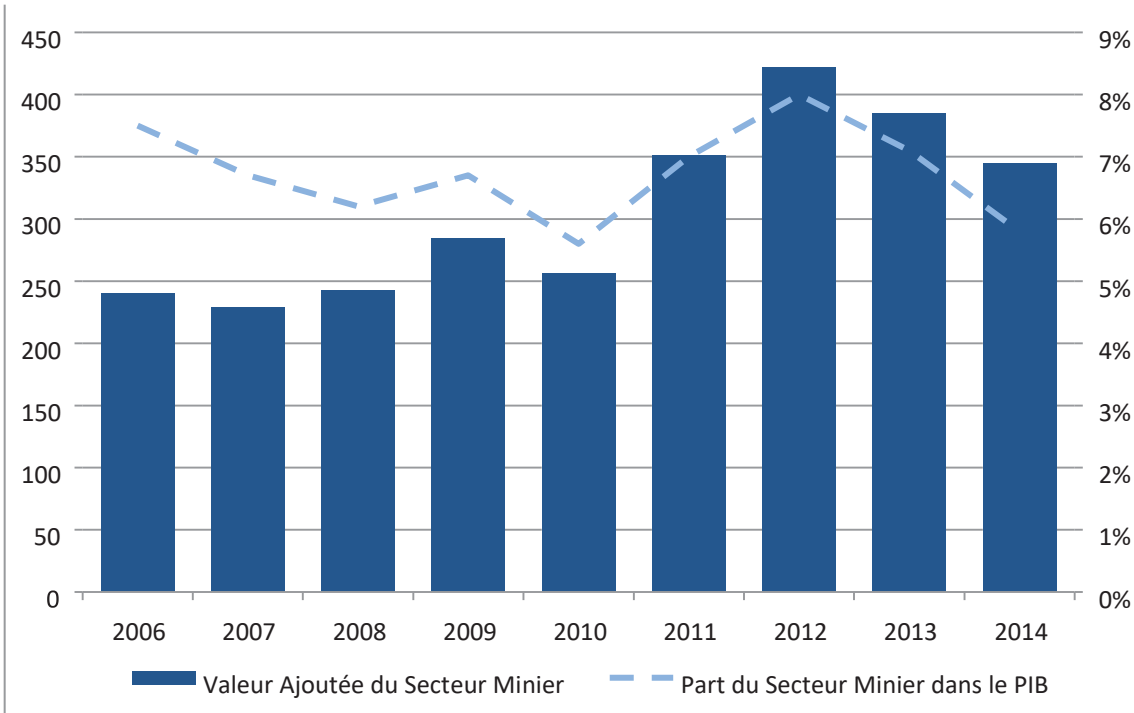


Figure 2. Contribution du secteur minier au PIB - Source : Cellule de planification et de statistiques des Mines

Bien que ces quelques statistiques soient encourageantes, leurs effets en lien avec l'économie nationale doivent être déterminés³⁷⁵. Il a été privilégié à l'égard de l'industrie minière malienne, une stratégie de libéralisation visant essentiellement à mettre en place des conditions attrayantes pour les investissements et investisseurs étrangers. Cela sans pour autant

³⁷⁵Le Tableau comportant les statistiques sur la contribution du secteur minier malien au PIB renseigne également sur quelques années antérieures. Ainsi pour 2008, la contribution était de 6.2%, pour 2009, elle était de 6.7%, pour 2010 elle était de 6.2% et pour 2011, la contribution était de 7.0%. Ces statistiques montrent que la contribution du secteur minier dans le PIB reste limitée malgré la constante évolution durant les deux dernières années. Voir Moore Stephens, *Comité de Pilotage pour la mise en œuvre de l'initiative pour la transparence dans les industries extractives au Mali, Étude de cadrage pour l'année 2012*, supra note 370, p.21; voir aussi, Patrick Fossat, Gilles Montagnat-Rentier, Patrick Petit, Gilles Parent, Gérard Chambas et Johanne Russel, *Rapport d'assistance technique, poursuivre la modernisation du système fiscal et de son administration* supra note 7, en ligne <http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/scr/2013/cr13356f.pdf>. Consulter également l'étude faite par Keith Slack et Mamadou Bitèye, *A la recherche des revenus de l'exploitation aurifère du Mali*, OXFAM AMÉRICA, supra note 1;

apprécier et évaluer la manière dont ces investissements vont contribuer au développement durable du pays d'accueil. Le rôle central joué par les IFI dans l'appui aux réformes mises en œuvre à l'orée des années 1990 doit être souligné³⁷⁶. Ce rôle s'est concrétisé par le soutien à l'élaboration des réformes des cadres réglementaires et fiscaux en vue de stimuler les investissements dans le secteur des industries extractives en Afrique. Le but recherché était de doter le secteur minier « d'une législation attrayante, d'un environnement politique stable, d'un régime fiscal et douanier équilibré, et d'une administration performante »³⁷⁷. Grâce aux réformes qui ont été enclenchées dans les années 1990, les flux d'IDE ont certainement augmenté et les investisseurs étrangers se montraient de plus en plus intéressés par le secteur minier malien. À cet égard, Gisèle Belem précisait que « l'insertion de l'industrie minière dans l'économie nationale afin d'encourager le développement de liens intersectoriels demeure secondaire. Dans ces circonstances, la réduction de la pauvreté se réalise davantage par le biais de la maximisation et la redistribution des recettes fiscales ainsi que la contribution des sociétés minières à l'amélioration des conditions de vie des populations riveraines et des travailleurs, qu'à travers des changements structurels susceptibles de créer un terreau fertile au développement d'une industrie nationale »³⁷⁸.

Les conventions minières qui complètent le cadre juridique de l'exploitation minière malienne constituent une illustration par excellence des insuffisances des législations minières maliennes quant

³⁷⁶Elles ont encouragé l'expansion de l'industrie minière dans les pays en développement par un soutien multiforme au secteur privé. Ainsi, la SFI supporte le développement du secteur privé et offre des prêts aux entreprises minières tandis que l'AMGI propose des garanties d'investissements contre les risques politiques. La Banque mondiale a aussi mis sur pied le CIRDI qui fonctionne par la conciliation ou l'arbitrage et qui constitue le centre par excellence de règlement des litiges en matière d'investissements internationaux.

³⁷⁷ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 1.

³⁷⁸ *Ibid.*, aux pp 357-358.

à assurer la mise en place d'un véritable développement pérenne. En effet, ce sont les clauses de stabilisation que les conventions minières ont institué qui influencent davantage la protection de l'intérêt général. Les clauses de stabilisation désignent « toute disposition d'un contrat signé entre un État ou une société nationale d'une part et une personne ne possédant pas en fait la nationalité de cet État ou de cette société nationale d'autre part, par laquelle le partenaire étatique s'engage à l'égard de son cocontractant étranger à ne pas modifier unilatéralement le contrat lui-même ou certaines règles qui lui sont applicables »³⁷⁹. Ces clauses constituent un moyen pour les firmes étrangères de se prémunir contre les mesures unilatérales pouvant être prises par les États d'accueil. Cela est d'autant plus important qu'au moment de réaliser l'opération, les parties s'étaient entendues sur certaines obligations de l'investisseur étranger. Les clauses de stabilisation permettent de « geler le droit applicable dans la teneur qui était la sienne à la date à laquelle la clause a été convenue entre les parties ».

Les clauses de stabilisation ont ainsi pour objet de stabiliser les conditions et les modalités d'exécution d'un investissement consenti par une société minière multinationale dans un pays d'accueil³⁸⁰. En allant vers une stabilisation des clauses du contrat, l'investisseur cherche à se prémunir contre des modifications unilatérales du droit de l'État hôte de l'investissement, en particulier, « de sa fiscalité, de sa législation des changes, voire de sa législation sociale ou du droit des sociétés qui changeraient les conditions économiques

³⁷⁹ Nicolas David, « Les clauses de stabilisation dans les contrats pétroliers : questions d'un praticien » (1986), Clunet, p. 79 et s; Prosper Weil, *Les clauses de stabilité et d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, Mélanges Rousseau, P. 301 et s; Philippe Leboulanger, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985, p. 91 et s.

³⁸⁰ Arnauld de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, supra note 5; Kyla Tienhaara, « Contrat d'investissement étranger dans le secteur pétrolier et gazier : revue des clauses pertinentes relatives à la protection de l'environnement », Dans ITN, Octobre 2011, p.12.

d'exécution du contrat ou qui viendraient y mettre fin, par exemple par une nationalisation. La stabilisation peut porter sur tout le droit de l'État ou sur certaines de ses branches pour toute la période du contrat ou seulement pour une période plus courte »³⁸¹. Par la clause de stabilité fiscale, l'État s'engage à ne pas modifier unilatéralement les dispositions fiscales applicables au secteur minier pendant la durée de stabilité prévue³⁸². L'engagement de l'État en termes de stabilité fiscale doit être compris par le prisme « de la non-aggravation des taux d'impôt, de la base imposable et tout nouvel impôt et taxe qui viendraient à être institués »³⁸³. Ces différentes mesures stabilisatrices apparues dans le cadre des conventions minières n'avaient d'autres ambitions que de sécuriser l'investissement de l'investisseur étranger³⁸⁴ dans les pays hôtes des investissements.

Si elles ont contribué au maintien d'un certain équilibre dans les conventions d'investissement au profit de l'investisseur, les clauses de stabilisation dans le cadre des conventions minières empiètent sur la protection de l'intérêt général. En effet, lorsque l'État voudrait adopter des mesures ayant trait à la sauvegarde de la protection de l'intérêt général, ses engagements dans le cadre des clauses de stabilisation limitent la mise en œuvre de ses prérogatives régaliennes. « L'existence de clauses de stabilisation ou d'intangibilité inhérentes aux conventions d'établissement empêche le gouvernement d'ajuster la législation en fonction des intérêts du gouvernement et des populations »³⁸⁵. L'article 14 de la convention

³⁸¹ Charles Leben, *Droit international des investissements et de l'arbitrage*, supra note 5, p.248.

³⁸² Victor Stéphane Essaga, *La clause de stabilité fiscale dans les contrats pétroliers au Cameroun*, Mémoire de Diplôme d'études supérieures spécialisées (DESS), Université Douala, 2008.

³⁸³ Sébastien Manciaux, « Que disent les textes OHADA en matière d'IDE »? (2012) 1 Revue de l'ERSUMA en ligne <http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/etudes-13/QUE-DISENT-LES-TEXTES-OHADA-EN>, consulté le 12 Août 2017, p.12.

³⁸⁴ Charles Leben, *Droit international de l'investissement et de l'arbitrage*, supra note 1.

³⁸⁵ Sael-Gagné-Ouellet, *Révision du cadre réglementaire et réforme du régime minier malien: quel degré de rupture ou de continuité?* supra note 259 à la p 50.

d'établissement entre le Mali et la mine de Goukoto S.A stipule que « l'État s'engage à garantir à Goukoto S.A, le maintien des avantages économiques, financiers et des conditions fiscales et douanières prévues dans la présente Convention à l'exception des taxes communautaires prévues aux articles 15 et 16 ci-dessous. Toute modification pouvant être apportée à l'avenir à la législation et à la réglementation malienne, notamment, au code minier ne sera pas applicable à Goukoto S.A sans son accord écrit préalable. Toute disposition plus favorable qui serait prise après la date de signature de la présente Convention, dans le cadre d'une législation générale, sera étendue de plein droit à Goukoto S.A»³⁸⁶. Une telle disposition représente une garantie importante pour l'investisseur étranger qui bénéficie de la prévisibilité nécessaire pour ses intérêts économiques.

Il faudrait comprendre que les clauses de stabilisation fiscale ont un impact réel sur les enjeux de développement économique dans la mesure où les avantages consentis s'étendent sur de longues années (20 ans voire 30) sans aucune possibilité pour l'État de les modifier. L'article 15 alinéa 7 de la même convention précise que « conformément à l'article 96 du code minier, l'État garantit à Goukoto S.A, le maintien du régime fiscal sous réserve des dispositions de l'article 14.1 de la présente Convention. Pendant la durée de validité de la présente convention, aucune modification ne pourra être apportée aux règles d'assiette, de perception des taxes et tarifs réglementaires sans l'accord préalable écrit de Goukoto S.A selon le cas. Pendant la durée de validité de la présente Convention, Goukoto S.A ne pourra être soumise aux impôts, taxes et contributions perçus et liquidés par l'État dont la création viendrait à être décidée »³⁸⁷.

³⁸⁶ Convention d'établissement entre le Gouvernement de la République du Mali et la société Goukoto SA.

³⁸⁷ *Ibid.*

Ses stipulations contractuelles nationales sont consolidées quelquefois par des dispositions sous régionales³⁸⁸. C'est ainsi que l'article 17 du code minier communautaire de l'UEMOA dispose que « 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 demeurent tel qu'elles existent à la date de délivrance des dits 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 »³⁸⁹. Ces dispositions limitent toute possibilité de révision.

Conscient de ces nouveaux enjeux, il est de plus en plus inséré dans les contrats et traités d'investissement des clauses de stabilisation ne gelant pas le contrat sur le long terme. Il s'agit de rationaliser le contenu des clauses de stabilisation en fonction de la protection du développement durable et des droits humains. Le besoin de légiférer de l'État peut être motivé

³⁸⁸ L'article 7 de la Directive C/DIR 3/05/09 du 27 Mai 2009 portant harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier dispose que :

«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 ».

³⁸⁹ Article 17 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant Code minier communautaire de l'UEMOA.

par des exigences de protection de l'intérêt général. C'est dans cette optique que « les principes pour des contrats responsables : intégrer la gestion du risque relatif aux droits de l'homme dans les négociations pour les contrats investisseur - État, guide pour les négociateurs » ont été mis en place³⁹⁰. Le point quatre de ces principes dispose que « si ces clauses sont utilisées, elles doivent être rédigées avec soin afin que la protection des investisseurs contre tout changement réglementaire futur n'interfère pas avec les efforts des États, menés de bonne foi pour la mise en œuvre des lois, réglementations ou politiques non discriminatoires visant à satisfaire ses obligations en matière de droits humains ». Il en est ainsi des nouveaux contrats d'investissement signés par le Kazakhstan dans le domaine des hydrocarbures, contrats qui intègrent des normes relatives au DD dans le champ matériel des clauses de stabilisation.

La clause de stabilisation desdits contrats stipule qu'« aucune disposition du contrat ne peut être révisée sauf lorsque cette révision s'applique à des questions d'ordre environnemental,

³⁹⁰ Principe 4 : S'il y est fait recours, les clauses contractuelles de stabilisation 11 doivent être rédigées soigneusement de sorte que toute protection des investisseurs contre les modifications ultérieures de la législation ne porte pas atteinte aux efforts déployés de bonne foi par l'État pour appliquer des lois, des réglementations ou des politiques de manière non discriminatoire afin d'honorer ses engagements dans le domaine des droits de l'homme. Principaux enjeux : Il est légitime que les investisseurs commerciaux cherchent à se protéger contre des modifications arbitraires ou discriminatoires de la législation. Cependant, il est peu probable que les clauses de stabilisation qui prévoient le «gel» de la législation applicable à un projet ou qui autorisent les investisseurs à déroger à des lois futures répondront aux objectifs du présent principe dès lors qu'elles concernent des domaines comme le travail, la santé, la sécurité, l'environnement ou d'autres dispositions légales adoptées par l'État pour respecter ses obligations en matière de droits de l'homme ; S'il y est fait recours, les clauses de stabilisation ne doivent pas servir à imposer des pénalités économiques ou autres à l'État qui adopterait des lois, des réglementations ou des politiques : a) qui sont appliquées sur une base non discriminatoire ; b) qui sont conformes aux normes et aux critères internationaux ainsi qu'aux bonnes pratiques reconnues au niveau mondial dans des domaines tels que la santé, la sécurité, le travail, l'environnement, les spécifications techniques ou d'autres domaines liés aux incidences du projet sur les droits de l'homme ; Principe 10 : La présente section porte uniquement sur les incidences de ces clauses sur les droits de l'homme ; elle ne donne d'avis sur aucune autre question relative à la stabilisation. Principe 11 : On entend par « clause de stabilisation » toute clause portant sur les changements apportés à la loi pendant la durée du contrat, notamment les clauses visant à maintenir « l'équilibre économique » du projet ou à geler la législation applicable au projet. L'expression « équilibre économique » renvoie aux clauses qui permettent de réclamer à l'État une indemnisation ou un dédommagement sous une forme ou une autre pour les coûts de mise en conformité avec les nouvelles dispositions légales résultant de modifications législatives. Voir en ligne <http://docplayer.fr/72402839-Principes-pour-des-contrats-responsables.html>.

sécuritaire voire de droits humains»³⁹¹. De telles limites à l'application des clauses de stabilisation permettent assurément de sauvegarder la protection de l'intérêt général. Un tel exemple doit être suivi par les États africains dans le cadre des réformes minières respectives. De ce qui précède, il peut être noté que les enjeux de développement économique durable demeurent un véritable défi. En dépit des efforts déployés, les fruits n'ont pas tenu la promesse des fleurs parce que l'exploitation aurifère malienne peine à faire face aux enjeux du développement économique et social.

B- Exploitation minière en marge des enjeux du développement économique

L'objectif ici est de démontrer la faible participation de l'exploitation minière à l'effort de développement économique et social. En effet, la contribution de l'exploitation aurifère au développement économique et social malien est controversée du fait des nombreuses difficultés qui pèsent sur ce secteur. Parmi elles, sans nous y appesantir, on ne saurait nier les problèmes de corruption qui jalonnent l'exploitation minière malienne couplés à l'opacité sur la répartition des revenus³⁹². Il nous apparaît pertinent de nous intéresser davantage aux études³⁹³ touchant à l'interaction entre développement économique, social et l'exploitation aurifère au Mali. De cette littérature, il ressort que la politique adoptée dans les législations minières maliennes elle-

³⁹¹ Mouhamed Kebe, Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement, Communication au Séminaire portant sur L'arbitrage au Sénégal : Perspectives africaines et Internationales Saly Portudal, Sénégal, 28 Février au 1^{er} Mars 2014.

³⁹² Ces thématiques, bien que fort intéressantes excèdent le cadre d'étude de cette recherche et peuvent même faire l'objet d'une autre thèse de doctorat.

³⁹³ Sur l'impact économique du secteur minier au Mali, voir Mamadou Diallo, *L'impact socio-économique de la base minière de Kalana sur le milieu*, disponible à la bibliothèque de la Direction nationale de la géologie et des mines du Mali; Alain Girard, *Étude préliminaire d'impact économique résultant d'une production aurifère sur le territoire de la République du Mali*, Bamako, 1998, disponible à la Direction nationale de la géologie et des mines du Mali; Cheick Diakité et Tidiane D Sidibé, *L'impact de l'exploitation aurifère sur le développement socio-économique du Mali*, Bamako, 2003, disponible à la Direction nationale de la géologie et des Mines du Mali; Bonnie Campbell et al, *supra* note 82; Pobanou Hugues Diarra et Madeleine Sauvage, *L'or est-il l'une des futures sources de richesses pour le Mali?: résultats du Projet Or Bagoé : document de travail*, Centre Djobila, 1991.

même justifierait amplement l'impact relatif des retombées de l'exploitation minière par rapport aux enjeux du développement économique et social. Dans le cadre de cette recherche, la politique de la participation étatique dans le capital des sociétés d'exploitation minière (1), le faible lien qu'entretient l'exploitation minière avec le reste de l'économie (2) et une fiscalité minière réduisant d'une certaine façon les gains de l'État au profit des entreprises multinationales (3) ont été retenus comme étant les principaux facteurs qui empêchent l'exploitation minière d'amorcer son envol économique.

1- La politique de participation gouvernementale dans le capital des sociétés d'exploitation minières maliennes

Cette politique de limitation de la participation gouvernementale dans le capital des sociétés d'exploitation minière date des réformes minières adoptées par le Mali à partir des années 1990³⁹⁴. Le Code minier de 1991 en son article 42 dispose que « dès l'attribution du permis d'exploitation, le titulaire du permis de recherche ou de l'autorisation de prospection

³⁹⁴ L'article 65 de la loi n°015 2012 portant code minier du Mali dispose que : « dès l'attribution du permis d'exploitation, le titulaire du permis de recherche ou de l'autorisation de prospection entamera les démarches en vue de la création d'une société de droit malien dans laquelle l'État participera à hauteur de 10% libre de toutes charges. Cette participation ne peut faire l'objet de dilution même dans les cas d'augmentation du capital et les actions y relatives seront considérées comme des actions prioritaires. Lorsqu'un bénéfice net comptable est constaté par la société d'exploitation, celle-ci prélèvera sur le bénéfice distribuable, c'est-à-dire le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures et de prélèvements pour constitution de réserves légales, paiement de l'impôt sur les sociétés et augmenté des reports à nouveau bénéficiaires, un dividende prioritaire qui sera versé à l'État. Ce dividende prioritaire, dont le taux est égal à la participation gratuite de l'État dans le capital de la société d'exploitation (10%), est servi à l'État avant toute autre affectation du bénéfice distribuable. L'État se réserve le droit d'acquérir une participation supplémentaire de 10% au maximum en numéraire, laquelle ne sera pas prise en compte pour la détermination du taux du dividende prioritaire ».

L'article 12 du code communautaire UEMOA va dans le même sens lorsqu'il dispose que « 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 État-membre donne droit à cet État à une participation gratuite 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 de capital social. Toute participation additionnelle d'un État membre au capital social d'une société d'exploitation est contributive et se fait par négociation ».

entamera les démarches en vue de la création d'une société de droit malien dans laquelle l'État participera à hauteur de 10%, libre de toutes charges. Cette participation ne fera pas l'objet de dilution même dans les cas d'augmentation du capital et sera considérée comme des actions prioritaires. Lorsqu'un bénéfice net comptable sera constaté par la société d'exploitation, celle-ci prélèvera sur le bénéfice distribuable, c'est-à-dire le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures et de prélèvements pour constitution des réserves légales, paiement de l'impôt sur les sociétés et augmenté des reports à nouveau bénéficiaires, un dividende prioritaire qui sera versé à l'État. Ce dividende prioritaire, dont le taux sera égal à la quote-part de l'État dans le capital de la société d'exploitation, sera servi à l'État avant toute autre affectation du bénéfice distribuable. L'État se réserve le droit d'acquérir une participation supplémentaire de 10% au maximum en numéraire. Le titulaire du permis de recherche ou de l'autorisation de prospection devra céder gratuitement le permis d'exploitation à ladite société dès sa création »³⁹⁵.

La même disposition de limitation de la participation gouvernementale a été maintenue dans les codes miniers successifs. Une telle politique réserve à l'État une part minoritaire dans le capital des sociétés d'exploitation minière aux côtés de grandes entreprises multinationales. Le pourcentage des parts de l'État et des sociétés minières actuellement en état d'exploitation au Mali³⁹⁶ se présente comme suit :

³⁹⁵ Article 42 de la loi N°015 2012 portant Code minier du Mali.

³⁹⁶ Les principaux opérateurs privés du secteur minier au Mali sont : RANDGOLD RESSOURCES, ANGLOGOLD ASHANTI, IAMGOLD CORPORATION, NEVSUN RESSOURCES, RESOLUTE MINING LIMITED ET AVNEL GOLD MINING LIMITED. Les principales mines d'or en exploitation au Mali sont : la mine d'or de Kodiéran exploitée par la société minière Wassoul or, la mine d'or de Kalana exploitée par Somika Sa, la mine de Syama exploitée par Somisi Sa, la mine d'or de Morila exploitée par Morila Sa, la mine d'or de Sadiola exploitée par Semos Sa, la mine d'or de yatela, la mine d'or de Tamico, la mine d'or de Loulo exploitée par Somilo. Voir pour plus d'informations, http://www.chambredesminesdumali.org/or_phasexploration.php.

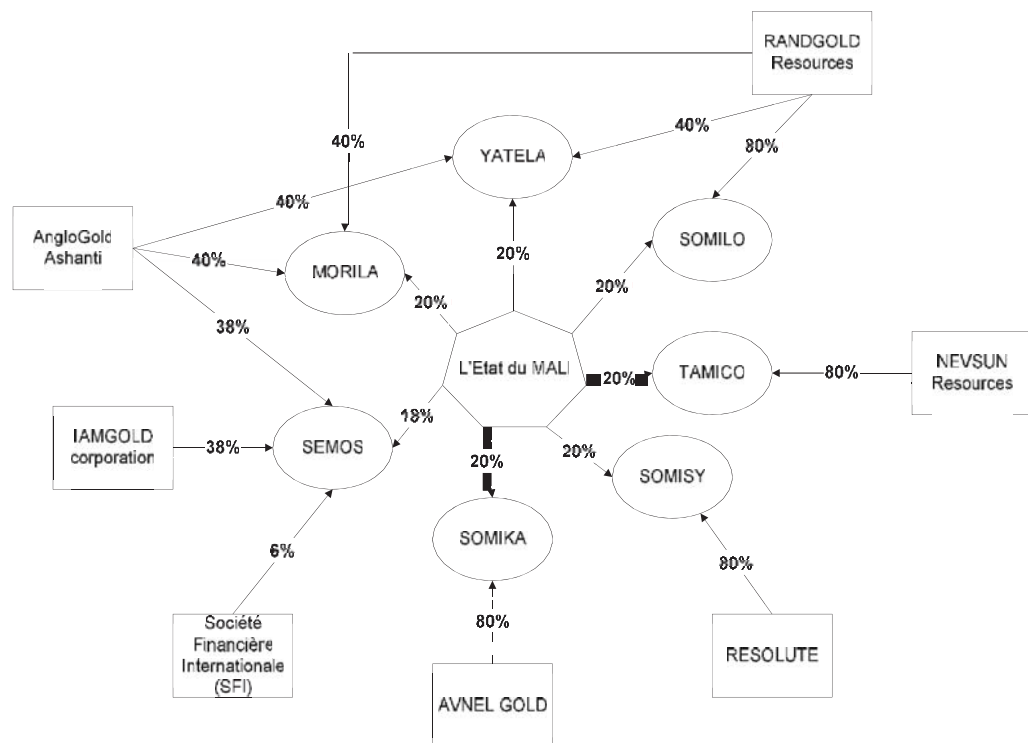


Figure 3. Schéma de répartition de l'exploitation aurifère entre l'État du Mali et les sociétés minières y opérant³⁹⁷.

De cette situation, l'État de propriétaire des ressources minérales devient un simple actionnaire minoritaire qui plus est, ne lui permet pas de jouer pleinement son rôle de régulateur en tant que puissance publique³⁹⁸. Un rôle de facilitateur a ainsi été dévolu à l'État malien en limitant sa participation dans le capital social des entreprises minières exploitant ses ressources. De notre point de vue, si le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles n'a pas prospéré, cette nouvelle démarche qui consiste à limiter la participation de l'État dans le capital des sociétés minières constitue une manière détournée de le déposséder de ses ressources. Il faut le dire, le lien entre ce nouvel intéressement de l'État et les enjeux du développement économique et social demeure fort contestable. En effet, l'industrie minière distribue peu de dividendes surtout quand il s'agit de nouvelles sociétés. La politique de ces dernières, si elles

³⁹⁷ Bonnie Campbell, *Ressources minières en Afrique, Quelle réglementation pour le développement*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010.

³⁹⁸Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH), L'exploitation minière et les droits humains, mission internationale d'enquête, supra note 1; OXFAM AMERICA, *Un héritage entaché: une analyse sociale et environnementale de la mine d'or de Syama au Mali*, 2004, supra note 1.

réalisent des bénéfices, va « être non de les distribuer, mais de les réserver en vue de rembourser les emprunts contractés et de renforcer leurs fonds propres. C'est après que la société peut décider d'une stratégie de développement qui exigera à son tour des moyens financiers qui pourront être dégagés, soit par la poursuite d'une politique de non-distribution, soit par recours modéré à de nouveaux emprunts »³⁹⁹.

Il apparaît ainsi que la distribution de dividendes n'est pas assez fréquente⁴⁰⁰ dans l'exploitation minière de manière générale et particulièrement au Mali. L'actionnaire dans ce cas ne peut être rétribué pour son investissement que par une plus-value de cession qu'il réalise lors de la vente de sa participation. En tant qu'actionnaire minoritaire, la marge de manœuvre dont bénéficie l'État est assez restreinte. L'actionnaire minoritaire peut difficilement influencer sur les choix effectués par l'actionnaire majoritaire. D'autant plus qu'une distribution de dividendes est généralement proposée par le Conseil d'administration de la société à l'assemblée générale des actionnaires. Il apparaît ainsi que la participation de l'État dans le capital d'une société d'exploitation présente un caractère hypothétique et la rétribution dépendra essentiellement de la politique financière menée par l'actionnaire majoritaire⁴⁰¹. Cette rétribution est fonction de la

³⁹⁹ Note explicative relative à la participation de l'État au capital des sociétés d'exploitation minière, Direction Nationale des Mines et de la Géologie (DNGM), BUGECO 1996, p.3.

⁴⁰⁰ Selon le Rapport de la Fédération internationale des droits de l'homme « les dividendes de l'État s'élèveraient à 64 milliards de francs CFA sur la période 1997-2005, soit à peine 10% de la contribution du secteur aurifère à l'économie malienne. Ces sommes sont modestes au regard des profits réalisés par les entreprises minières au Mali ainsi que des recettes fiscales générées par l'exploitation minière ». Voir Étude de la Fédération internationale des droits de l'homme FIDH, *l'exploitation minière et les droits humains*, mission internationale d'enquête, supra note 1, en ligne, http://www.liberationafrique.org/IMG/pdf/Mali_mines_final.pdf.

⁴⁰¹ Patrick Fossat, Gilles Montagnat-Rentier, Patrick Petit, Gilles Parent, Gérard Chambas et Johanne Russel, *Rapport d'assistance technique poursuivre la modernisation du système fiscal et de son administration*, supra note 7, en ligne <http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/scr/2013/cr13356f.pdf>.

distribution de dividendes et/ou de la possibilité pour l'État de céder sa participation⁴⁰². Les objectifs alors assignés à priori à la participation minoritaire de l'État dans le capital d'une société d'exploitation ne semblent pas combler les différentes attentes et n'augmentent pas pour autant les revenus de l'État dans les pays qui l'appliquent⁴⁰³. Ne faudrait-il pas, penser ou réfléchir à une alternative en vue de maximiser les recettes que l'État pourrait tirer de l'exploitation minière.

La Directive de la CEDEAO sur l'harmonisation des principes directeurs sur le secteur minier prévoit, en vertu de l'article 10 :

« La possibilité pour une autorité compétente de l'État, en plus de la participation de ce dernier lui-même, d'acquérir une action spéciale dans une compagnie minière. 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 »⁴⁰⁴.

Cette disposition a l'avantage de proposer une alternative à la politique de participation gouvernementale minoritaire dans le cadre de l'exploitation minière. Cependant, la législation minière malienne n'a pas encore intégré une telle disposition. Même si tel était le cas, la question est de savoir en quoi cela constituerait un véritable changement dans la contribution de l'exploitation minière au développement économique et social au Mali. L'efficacité d'une telle disposition dépendrait réellement de la valeur de cette action spéciale et des droits qui y seraient attachés au profit de l'État.

⁴⁰² Note explicative relative à la participation de l'État au capital des sociétés d'exploitation minière, supra note 406.

⁴⁰³ *Ibid.*, p.3.

⁴⁰⁴ Article 10 de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier.

Il faudrait en effet, en la matière un véritable changement de paradigme. Northcutt Ely écrivait à ce propos qu'« on peut prévoir avec certitude que les entreprises étatiques de développement minéral travaillant en étroite collaboration avec des compagnies minières ou pétrolières, expérimentées, étrangères constitueront un facteur d'importance chaque jour croissante dans l'économie minérale des pays sous-développés. Le partage des bénéfices peut remplacer de façon attrayante tout ou partie des impôts sur les bénéfices ou des redevances »⁴⁰⁵. La gestion des sociétés minières d'État ou à majorité étatique, s'est avérée catastrophique au regard de l'expérience passée pendant la période postcoloniale en Afrique occidentale. Pour une réussite en la matière, les sociétés étrangères devraient s'impliquer adéquatement et suffisamment dans la gestion de l'entreprise commune.

Selon Cameron et Stanley, « une participation minoritaire au capital ajoute peu aux recettes publiques par rapport à la mise en place d'un régime fiscal efficace, souple et bien administré »⁴⁰⁶. Bien plus, il faudrait noter que les dividendes sont imprévisibles et peuvent mettre des années à se concrétiser à cause du niveau élevé des investissements de départ et de l'instabilité des cours des matières premières. Ils comportent également des risques pour l'État dans la mesure où en tant qu'actionnaire minoritaire, il dispose d'un pouvoir de décisions limité dans des situations dans lesquelles toutes les grandes décisions sont prises par l'actionnaire majoritaire. Par exemple, si l'entreprise décide de procéder à une augmentation de capital auprès de ses actionnaires, l'État peut avoir à choisir entre accroître sa participation ou voir sa part du capital diluée. Si l'entreprise perd de l'argent, l'État risque d'être contraint d'apporter des fonds

⁴⁰⁵ Northcutt Ely, *Politiques de développement et lois minières*, Annales des Mines, Commission économique des Nations Unies pour l'Asie et l'Extrême-Orient, Avril 1970.

⁴⁰⁶Ministère de l'environnement, de l'assainissement et du développement durable, *Analyse économique du développement du secteur minier et des défis de la préservation de l'environnement et des ressources naturelles*, supra note 27.

supplémentaires pour lui permettre de continuer à fonctionner. Aussi, en tant qu'actionnaire, l'État peut se retrouver avec un passif au moment de la fermeture et du démantèlement. Pour notre part, nous pensons que le législateur malien devrait chercher à mettre en place un système fiscal efficace qui permettrait de générer des revenus substantiels à l'État, sans dépouiller pour autant l'investisseur de ses avoirs.

Si la participation de l'État dans le capital des sociétés d'exploitation ne lui garantit pas un revenu pérenne et stable (qu'elle soit faible ou importante), il apparaît dès lors nécessaire pour les États en voie de développement de trouver des alternatives à cette question. Créer des rapports étroits entre l'exploitation minière et le reste de l'économie nationale pour parvenir à une réelle politique de diversification et de localisation des activités minières se présente comme une bonne piste de solution.

2- Un faible lien entre l'exploitation aurifère et le reste de l'économie nationale

L'industrie minière, en général, est réputée pour sa faible contribution au développement de l'économie nationale. Pour résorber l'insuffisante contribution du secteur minier au développement de l'Afrique, la Vision minière pour l'Afrique (VMA) stipule qu'« il faut mettre fin à l'isolement de l'industrie minière par rapport aux autres activités socio-économiques de base, mais aussi de faire en sorte que celle-ci profite à l'ensemble des parties prenantes »⁴⁰⁷. Une des situations qui explique l'isolement de l'industrie extractive concerne la faiblesse des liens entre l'exploitation minière et le reste de l'économie nationale. À ce sujet, Claire Mainguy affirme que, « les investissements étrangers sont censés avoir des effets positifs sur les pays d'accueil si les firmes étrangères cherchent à s'approvisionner sur place et établissent des

⁴⁰⁷ http://www.ccic.ca/_files/fr/working_groups/2013-01-02-AMV_background.pdf.

relations régulières avec des fournisseurs locaux »⁴⁰⁸. Il apparaît dès lors crucial de créer des activités connexes à l'exploitation minière ainsi que de mettre en avant une politique de localisation qui est susceptible de mieux contribuer au développement économique.

Les pays en développement hôtes des IDE sont majoritairement impuissants pour orienter l'IDE dans le sens de leurs propres intérêts, qu'il s'agisse de la formation des cadres nationaux, de transfert de technologies, de réinvestissements ou d'achats locaux. Les multinationales qui interviennent dans le secteur minier au Mali forment un réseau qui dispose généralement de leurs propres fournisseurs ou partenaires. Il faut dire que la majorité des équipements nécessaires à l'exploitation minière est importé et en cas de besoin, les opérateurs étrangers s'adressent à des sous-traitants pour la fourniture d'autres matériaux nécessaires. En effet, l'exonération de taxes sur les importations ne crée pas d'incitatifs pour les entreprises minières à rechercher de potentiels fournisseurs locaux⁴⁰⁹. D'un autre côté, le secteur minier est contrôlé par des firmes étrangères au Mali, qui n'ont d'autres objectifs que d'investir uniquement dans le secteur extractif pour une majorité d'entre elles⁴¹⁰.

S'agissant de l'emploi, la question de la main d'œuvre locale ou nationale demeure épineuse dans la mesure où il n'existe pas une politique nationale promotrice de tels enjeux. L'article 116 du code minier malien de 2012 dispose que « pendant la durée de validité de chaque titre minier, le titulaire bénéficie des avantages ci-après : a) le libre choix des fournisseurs et sous-traitants pour l'achat de biens et services. Toutefois, les titulaires de titres

⁴⁰⁸ Claire Mainguy « La mondialisation par les investissements au Mali » *supra* note 1 à la p 11.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ Amadou Keita, Moussa Doumbo et Kader Traoré, *Morila: maintenant et après, où va l'argent de la mine supra* note 318 à la p 13.

miniers, leurs fournisseurs et leurs sous-traitants utiliseront autant qu'il est possible, des services et matières premières de sources maliennes et des produits fabriqués ou vendus au Mali dans la mesure où ces services et produits sont disponibles à des conditions compétitives de prix, qualité, garanties et délais de livraison »⁴¹¹. Dans la même lancée, l'article 14 du code minier de l'UEMOA pose les mêmes conditions quant aux services et matières d'origine communautaire⁴¹². De telles dispositions ont tendance à ne pas imposer une politique de localisation des opérations minières sur les entreprises minières au Mali⁴¹³. Elles se cantonnent dans un statut de recommandations au lieu de se focaliser sur un caractère contraignant.

C'est la Directive minière de la CEDEAO qui envisage de manière claire et contraignante la politique de localisation⁴¹⁴ des opérations minières dans la sous-région. En vertu de l'article 11 de ladite Directive, « le titulaire d'un droit ou titre minier soumet aux autorités compétentes, un programme détaillé agréé par celles-ci pour le recrutement, le transfert

⁴¹¹ Article 116 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant Code Minier du Mali. Voir aussi Art 14 du règlement n°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant code minier communautaire de l'UEMOA.

⁴¹² L'article 14 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 Décembre 2003 portant Code minier communautaire UEMOA dispose que « les États 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 ».

⁴¹³ « D'après l'Assemblée nationale malienne, sur les quelques 690 milliards de francs CFA injectés par le secteur aurifère dans l'économie malienne entre 1997 et 2005, près de 50% sont revenus à l'État via le Trésor public, 42% aux fournisseurs et 6,5% aux salariés. Si une bonne part revient aux fournisseurs, elle reste faible et se concentre sur quelques secteurs : électricité, carburant, lubrifiants, matériel de bureau, etc. ». Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH), *L'exploitation minière et les droits de l'homme*, Mission internationale d'enquête, supra note 23, en ligne http://www.liberationafrique.org/IMG/pdf/Mali_mines_final.pdf.

⁴¹⁴ Il faut comprendre par cette expression, le fait de donner un caractère local aux activités minières, à travers le recrutement du personnel local, le transfert de technologie, la formation, l'achat de matériaux et produits locaux, le recours aux agences de prestation de services installées sur le territoire des États membres. Voir Groupe d'étude et de recherche en Sociologie et droit appliqué (GERSDA), *Le code minier du Mali et la directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO : Éléments de comparaison dans une perspective de réforme de la législation minière malienne*, supra note 262 à la p 5.

de technologies, et la formation du personnel local, auquel il doit se conformer »⁴¹⁵. Le même article dans son alinéa 5 dispose que « 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 des marchés accordant la préférence aux matériaux de construction et produits d'un État membre, 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»⁴¹⁶. Si quelques bribes de cette disposition se retrouvent dans le code minier malien conformément à l'article 137⁴¹⁷, la Directive de la CEDEAO va au-delà en promouvant une plus grande contribution des opérations minières à l'économie nationale. D'autre part, contraindre à l'utilisation d'une main d'œuvre nationale ne garantit pas aux populations locales de l'emploi puisqu'elles ne sont pas toujours qualifiées pour effectuer les travaux de la mine. La CEDEAO propose la mise en place d'un programme détaillé agréé par les autorités compétentes pour le recrutement et la formation du personnel. La différence avec le code minier malien, c'est que celui-ci impose le critère de « à qualification égale ».

Quant aux opérateurs miniers nationaux, leur émergence pose un véritable défi. Bien que l'actuel code minier leur réserve une certaine part dans les actions des sociétés d'exploitation minière, (5%) en vertu de l'article 65⁴¹⁸, l'absence d'une stratégie de financement en faveur des opérateurs miniers nationaux réduit considérablement l'efficacité d'une telle disposition. L'exemple de Wassoul Or⁴¹⁹ contrôlé par un privé malien détenant la majorité des actions de la société d'exploitation de Kodiéran qui semblait être un cas prometteur d'initiative nationale malienne⁴²⁰ a été en arrêt pendant plusieurs années. Il ressort de ce qui précède, que l'exploitation aurifère et le reste de l'économie nationale entretiennent des rapports limités. D'une part, elle

n'arrive pas à opérer le transfert de technologies et de compétences adéquat pour voir naître une certaine relève nationale⁴²¹. Il apparaît ainsi que l'exploitation aurifère et le reste de l'économie nationale entretiennent des rapports limités, en l'occurrence avec l'absence d'une bonne politique de diversification des activités connexes à l'industrie minière au Mali.

Sur le plan de l'emploi, il faut dire que l'industrie minière constitue une source limitée d'emplois, en particulier lorsque la phase de construction de la mine est terminée. Le type et le nombre d'emplois créés par une mine industrielle dépend de son stade de développement. La construction d'une mine industrielle requiert une main d'œuvre plus importante et moins qualifiée. Pendant sa phase opérationnelle, la mine réduit considérablement sa main d'œuvre et nécessite des qualifications plus élevées. La main d'œuvre du secteur industriel minier représente 0.02% des travailleurs au Mali, cela constitue une part, malheureusement, marginale. C'est ainsi que l'activité minière industrielle employait un total de douze mille travailleurs et huit mille sous-traitants en 2014⁴²².

⁴¹⁵ En vertu de l'article 11, alinéa 1 de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier. Dans son alinéa 4, il dispose que « 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 ».

⁴¹⁶ Article 11, alinéa 5 de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier.

⁴¹⁷ L'article 137 de la Loi n°2012-015 du 27 Février 2012 portant Code minier du Mali dispose que « les titulaires de titres miniers et leurs sous-traitants sont tenus : de respecter les conditions générales d'emploi conformément à la réglementation en vigueur; d'accorder la préférence, à qualification égale, au personnel malien; de mettre en œuvre un programme de formation et de promotion du personnel malien en vue d'assurer son utilisation dans toutes les phases de l'activité minière; de procéder au fur et à mesure, au remplacement du personnel expatrié par des nationaux ayant acquis la même formation et expérience en cours d'emploi».

⁴¹⁸ L'article 65 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant Code Minier du Mali en son alinéa 5 dispose qu'« il reste ouvert pour les investisseurs privés nationaux, la possibilité d'acquérir en numéraire au moins 5% des actions de toute société d'exploitation, dans les mêmes conditions que les autres actionnaires privés».

⁴¹⁹ Wassoul Or exploite la mine d'or de Kodiéran inaugurée en Février 2012. Cette mine est située à 300 km au sud de Bamako. Elle est la seule mine industrielle au Mali dans laquelle la majorité du capital est détenue par un malien. En effet, 75% des parts sont strictement maliennes dont 20% pour l'État du Mali, 55% pour le promoteur malien, le président directeur général, Monsieur Aliou Badara Diallo. Voir pour plus d'informations, http://www.chambredesminesdumali.org/or_phaseexploration.php, consulté le 12 janvier 2016.

⁴²⁰ Amadou Keita, Moussa Doumbo et Kader Traoré, *Morila: maintenant et après, où va l'argent de la mine supra* note 318 à la p 16.

⁴²¹ « Le secteur aurifère n'a ainsi donné naissance à aucune activité locale de transformation, qui aurait pu être source d'emplois, d'investissements technologiques, de développement d'infrastructures, ou d'activités pour les fournisseurs. L'or constitue donc au Mali une rente et non une source de développement industriel. De plus, presque la totalité de l'or produit au Mali est en effet exporté vers l'Afrique du Sud (à 59, 2%) et la Suisse (à 40, 8%) ». Voir l'étude réalisée par la Fédération internationale en droit de l'homme en 2007, en ligne http://www.liberationafrique.org/IMG/pdf/Mali_mines_final.pdf.

Ce tableau nous donne un aperçu du nombre de travailleurs employés dans les mines industrielles du Mali :

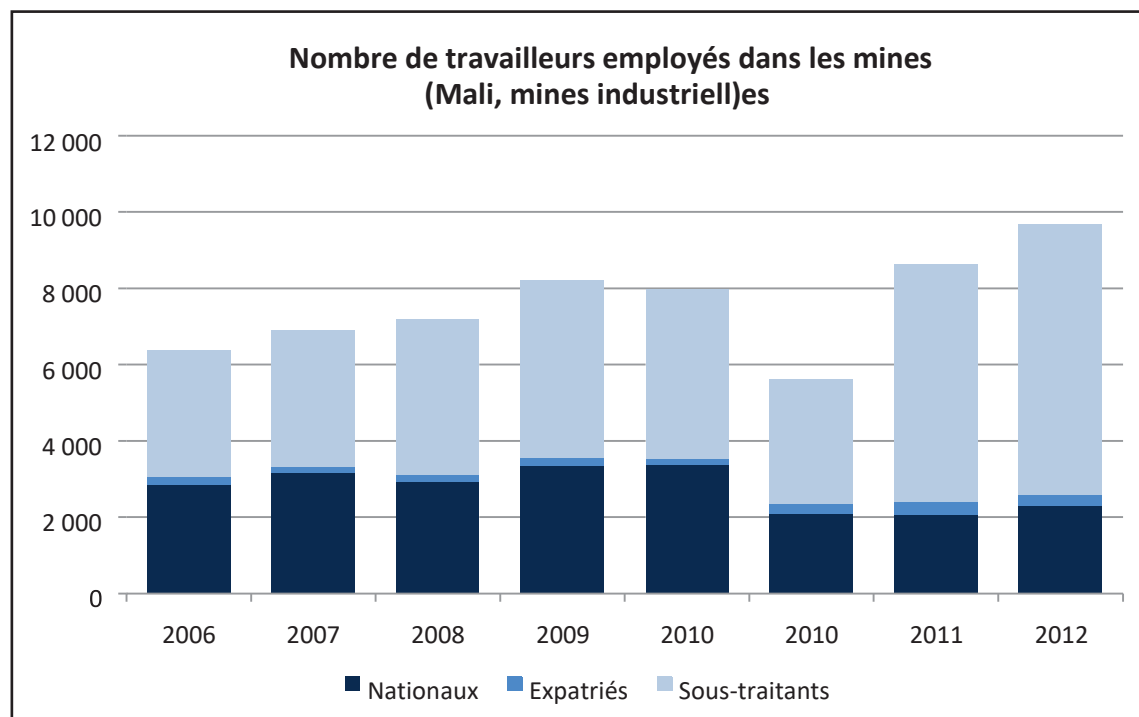


Figure 4. Nombre de travailleurs employés dans les mines industrielles- Source :
Cellule de planification et de Statistique du Ministère des Mines

⁴²² Statistiques des Mines du Mali

Quant à la main d'œuvre locale, il faut dire qu'une partie non négligeable des emplois créés par les mines industrielles sont des emplois qualifiés, requérant un niveau d'éducation formelle relativement élevé. Ces qualifications sont souvent difficiles à trouver dans la région des mines, ce qui oblige à recruter les travailleurs qualifiés à Bamako ou à l'étranger. Au-delà du faible lien entre l'exploitation minière malienne et l'économie nationale, les régimes fiscaux mis en œuvre par les politiques minières maliennes ne sauvegardent pas non plus les enjeux de développement économique et social. Ce régime est même souvent qualifié « de fiscalité minière réduisant les gains de l'État ».

3- Une fiscalité minière en marge des enjeux du développement économique

Les régimes fiscaux applicables aux industries extractives sont composés d'instruments communs à tous les secteurs d'activité économique et d'autre part, d'instruments spécifiques au secteur extractif. La première catégorie comprend les impôts sur les bénéfices, la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), les droits de douane et les prélèvements à la source sur les dividendes. Les instruments fiscaux spécifiques au secteur minier sont les redevances minières, les taxes sur les superprofits et les dispositions relatives au recouvrement des coûts spécifiques aux industries extractives. Le but de ces instruments fiscaux vise à permettre aux États de recueillir une part importante des rentes générées par les mines⁴²³. Sans vouloir nier l'importance de chacune de ces impositions, les redevances minières, l'impôt sur les sociétés, la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), la retenue à la source et la fiscalité de porte feront l'objet de développement dans le cadre de cette recherche du fait de leur relation étroite avec l'exploitation minière. S'agissant de la redevance minière, lorsqu'une entreprise privée exploite

⁴²³ Havard Halland, Martin Lokanc et Arvind Nair, *Le secteur des industries extractives, Points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes, des Finances publiques et des responsables politiques*, supra note 2.

les ressources minières d'un État, ce dernier s'assure de recevoir une contrepartie satisfaisante par le biais de la redevance minière⁴²⁴ qui peuvent être perçues sous la forme d'un prélèvement unique, fixe et par unité de production ou encore sous la forme d'un prélèvement fixe sur la valeur de la production⁴²⁵. Au Mali, les redevances minières versées à l'État sont constituées de la taxe spéciale sur certains produits et de la taxe ad valorem⁴²⁶, en vertu de l'article 121 du code minier disposant que « les produits des groupes 1, 2, 3 et 4 sont soumis à une redevance additionnelle dite Taxe ad valorem »⁴²⁷.

Si pour de nombreux États, les redevances procurent des recettes dès le démarrage de la production, elles nécessitent également « des capacités importantes pour réaliser des audits physiques, notamment, des compétences spécialisées en minéralogie pour déterminer les volumes et la valeur des minerais »⁴²⁸; car c'est sur la base de la production qu'elles sont calculées. L'État malien ne dispose malheureusement pas de telles ressources humaines, matérielles et financières. Concernant l'impôt sur les sociétés (IS), il s'applique sur les bénéfices d'une entreprise. Les recettes fiscales sont proportionnelles aux bénéfices de l'entreprise. Cependant, l'IS requiert souvent un niveau de capacités

⁴²⁴ Hassane Boubacar, « les contrats miniers: un régime en mutation » *supra* note 243.

⁴²⁵ Ministère de l'environnement, de l'assainissement et du développement durable, *Analyse économique du développement du secteur minier et des défis de la préservation de l'environnement et des ressources naturelles*, *supra* note 27, p.12.

⁴²⁶ Cette dernière avait été supprimée du code malien de 1999, ce qui a pour effet de réduire de moitié le niveau des redevances qui passe de 6% à 3%. Voir Gisèle Belém, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, *supra* note 295.

⁴²⁷ Article 121 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant Code Minier au Mali. La base taxable de la taxe ad valorem est la valeur départ carreau-mine des substances extraites, exportées ou non, en déduisant les frais et charges intermédiaires. L'article 23 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA portant adoption du Code minier communautaire de l'UEMOA dispose que « 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 ».

⁴²⁸ Havard Halland, Martin Lokanc et Arvind Nair, *Le secteur des industries extractives, Points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes, des Finances publiques et des responsables politiques*, *supra* note 2, p.73.

administratives supérieur à ce que les administrations fiscales de la plupart des PED peuvent accomplir sans aide extérieure. « Administrer des IS nécessite des contrôleurs compétents et qualifiés, aptes à évaluer les états financiers des entreprises ». Outre ces insuffisances, les nombreuses exonérations conférées par les lois minières maliennes constituent un véritable manque à gagner pour l'État malien. Conformément à l'article 128 du Code minier de 2012, « les titulaires de permis d'exploitation bénéficient de la réduction du taux de l'impôt sur les bénéfices industriels ou commerciaux ou de l'impôt sur les sociétés (IBIC-IS) à 25 % sur quinze ans suivant la date de démarrage de la production »⁴²⁹. Cette exonération est applicable dès la phase de démarrage de la production alors que la durée de vie des mines ne dépasse pas souvent les trente années⁴³⁰.

Quant à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), « c'est une taxe à la consommation dont l'incidence est généralement lourde pour l'exportation de produits miniers. La majorité des États africains ont supprimé cette taxe qui est perçue sur l'importation des biens d'équipements miniers en exonérant les sociétés minières du paiement de la TVA sur une période déterminée »⁴³¹. L'article 127 du présent code minier dispose que « les titulaires de permis d'exploitation, d'autorisation d'exploitation de petite mine sont exonérés de la Taxe sur la valeur ajoutée (TVA), pendant une période se terminant à la fin de la troisième année suivant la date de démarrage de la production »⁴³². Cela constitue une période suffisante pour permettre aux

⁴²⁹ Article 128 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant *Code Minier* au Mali.

⁴³⁰ Voir Patrick Fossat, Gilles Montagnat-Rentier, Patrick Petit, Gilles Parent, Gérard Chambas et Johanne Russel, *Rapport d'assistance technique, poursuivre la modernisation du système fiscal et de son administration supra* note 7, en ligne <http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/scr/2013/cr13356f.pdf>.

⁴³¹ Oumar Cissé, *Le droit minier face à la souveraineté des États*, supra note 14 à la p 57.

⁴³² Article 127 de la Loi N° 2012-015 du 27 Février 2012 portant *Code minier* du Mali. L'article 110 de l'Ordonnance N°99-032/ P-RM du 19 Août 1999 portant *Code Minier* en République du Mali dispose que « Les titulaires de permis d'exploitation, d'autorisation d'exploitation de petite mine et d'autorisation d'exploitation de

entreprises minières de faire entrer la majorité des équipements dont ils ont besoin pour le démarrage de leur production sans payer aucune TVA. Exonérer de TVA les importations alors que les intrants locaux sont imposés est une mesure qui désavantage les producteurs nationaux. Les retenues à la source sur les dividendes et les intérêts versés aux actionnaires ou aux prêteurs permettent à l'État de taxer ces types de flux, qui seraient difficiles à taxer une fois transférés à l'étranger⁴³³. L'article 129 du code minier de 2012 dispose que « les titulaires de titres miniers sont tenus de procéder à la retenue à la source, au titre de l'IS et de l'IBIC, sur les sommes versées à des personnes n'ayant pas d'installation permanente au Mali et au reversement de ladite retenue, conformément aux dispositions du Code général des impôts »⁴³⁴. Il existe aussi ce qu'on appelle en matière de fiscalité minière, des prélèvements assis sur la fiscalité de porte qui sont une imposition basée sur les intrants et les extrants conçus par les États comme les droits d'importation et d'exportation.

L'exploitation minière en Afrique emploie des équipements spéciaux dont une majeure partie est importée de l'Occident. L'application d'un droit aussi minime soit-il sur l'importation des biens d'équipements permet d'alourdir les charges des entreprises minières et à amoindrir

carrières visées à l'article 95 du présent Code minier sont exonérés de la Taxe sur la Valeur Ajoutée (T.V.A.) pendant une période se terminant à la fin de la troisième année suivant la Date de démarrage de la production ». L'article 33 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA portant *Code minier communautaire de l'UEMOA* dispose que « 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 (3) 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 ».

⁴³³ Havard Halland, Martin Lokanc et Arvind Nair, *Le secteur des industries extractives, Points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes, des Finances publiques et des responsables politiques*, supra note 2.

⁴³⁴ Article 129 de la Loi N° 2012-015 du 27 Février 2012 portant *Code minier* du Mali.

les taux de leur rendement⁴³⁵. Pour pallier cela, « les États choisissent de supprimer les droits d'entrée sur les équipements ou bien optent pour l'exemption pour une durée déterminée par la loi, de ces biens d'équipements. Les suppressions ou exemptions des droits d'importation sont toutefois limitées aux biens d'équipements figurant sur la liste minière et à condition que cette liste soit approuvée par l'administration en charge des mines. Les autres articles qui ne figurent pas sur la liste minière sont soumis aux droits d'importation ordinaires »⁴³⁶. Une telle approche fut adoptée par les législations minières maliennes⁴³⁷ et communautaires⁴³⁸. Quant aux droits d'exportation sur les substances minérales extraites, il n'existe plus d'entrave fiscale à la circulation des substances minérales. Les États ont ramené les droits d'exportation et tous les prélèvements assis sur les extrants à une valeur égale à zéro⁴³⁹.

Au regard de ce qui précède, il apparaît important de noter que la législation minière malienne comporte de nombreuses lacunes qui réduisent considérablement les revenus que

⁴³⁵ Patrick Fossat, Gilles Montagnat-Rentier, Patrick Petit, Gilles Parent, Gérard Chambas et Johanne Russel, Rapport d'assistance technique poursuivre la modernisation du système fiscal et de son administration, *supra* note 7, en ligne <http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/scr/2013/cr13356f.pdf>.

⁴³⁶ Oumar Cissé, *Le Droit Minier face à la Souveraineté des États*, *supra* note 14 à la p 58.

⁴³⁷ Aux termes de l'article 118 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant *Code minier*, « les biens d'équipements et les consommables importés en phase de recherche et/ou d'exploitation feront l'objet d'une liste minière. Cette liste est établie par l'administration en charge des Mines, des douanes, des impôts et du commerce ».

⁴³⁸ L'article 29 du Règlement n°18/2003/CM/UEMOA dispose que « les avantages douaniers consentis aux titulaires de titre 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. À 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 ».

⁴³⁹ Oumar Cissé, *Le Droit Minier face à la Souveraineté des États*, *supra* note 14.

l'État peut tirer de l'exploitation minière. Une de ses lacunes serait liée au fait que la législation malienne n'assortit les avantages fiscaux qu'elle accorde aux entreprises minières à presque aucune condition particulière. Alors que la Directive de la CEDEAO exige en son article 8 que « 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'État membre »⁴⁴⁰.

D'autre part, en accord avec le Rapport d'assistance technique⁴⁴¹, il n'existe pas de mesures fiscales permettant de taxer les profits excédentaires réalisés par les entreprises minières. Même si le code minier de 2012 comporte une mesure de taxation au Code général des impôts (CGI) de la production excédant les provisions, il semble que le concept de taxation des profits extraordinaires ait été confondu avec celui de la production excédentaire aux provisions⁴⁴². Cette situation permet aux entreprises multinationales de disposer d'une grande marge de manœuvre pour maximiser et capitaliser les profits qui découlent de l'exploitation minière malienne. Mais au-delà, la majorité des États en développement est confrontée au niveau de la fiscalité minière aux difficultés de taxation de rapatriement des capitaux investis. En effet, cela est important dans la mesure où les dividendes et les intérêts qui sortent du pays

⁴⁴⁰ Article 8, alinéa 2 de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier.

⁴⁴¹ Patrick Fossat, Gilles Montagnat-Rentier, Patrick Petit, Gilles Parent, Gérard Chambas et Johanne Russel, Rapport d'assistance technique poursuivre la modernisation du système fiscal et de son administration *supra* note 273, en ligne <http://www.imf.org/external/french/pubs/ft/scr/2013/cr13356f.pdf>.

⁴⁴² *Ibid.*

sont plus importants que ceux qui y entrent. Bien que la pratique de rapatriement des capitaux soit encouragée par de nombreux textes nationaux et internationaux, cela n'empêche pas l'État malien de chercher les moyens de taxer ces flux d'investissement.

Aux termes de ce paragraphe, on comprend que le réaménagement des codes miniers maliens a conduit à une réduction des gains de l'État et à l'accroissement des avantages consentis aux entreprises minières. Cette restructuration dans le dispositif juridique malien questionne sur son efficacité à l'aune des enjeux du développement. En effet, même la littérature portant sur la corrélation entre exploitation minière et développement dans le contexte malien demeure relative⁴⁴³. Cela conforte l'idée de la remise en cause des politiques et législations minières mises en œuvre au Mali. En effet, que ce soit la politique de participation gouvernementale ou bien les régimes fiscaux mis en place, ces mécanismes ne permettent pas de faire face aux enjeux de développement. Sans compter les liens entre l'exploitation minière et le reste de l'économie qui demeurent marginaux. Il ressort que l'exploitation minière sert essentiellement à fournir des devises à l'État en vue de faire face à ses dépenses quotidiennes et à payer une portion de sa dette extérieure sans qu'elle ne s'accompagne à vrai dire d'une stratégie focalisée sur le long terme par rapport au développement économique et social. L'État prioriserait ainsi les intérêts économiques dérisoires qu'il retire de l'exploitation minière au détriment d'une politique minière axée sur le développement durable. Au-delà du

⁴⁴³ Sur l'impact économique du secteur minier au Mali, voir Pobanou Hugues Diarra et Madeleine Sauvage, *L'or est-il l'une des futures sources de richesses pour le Mali? : résultats du Projet Or Bagoé : document de travail*, Centre Djoliba, 1991; Annuaire Statistique 2012, Mines et Géologie, Mali, Juin 2013, p.23; François Lenfant et Sarr Massaran Traoré, « *La montagne a accouché d'une souris* », *Impact socio-économique de l'activité minière dans la région de Kayes au Mali*, International Alert, Octobre 2015, sur le site http://www.international-alert.org/sites/default/files/Mali_ImpactMiningKayes_FR_2015.pdf.

développement économique qui n'est pas encore une réalité⁴⁴⁴, l'exploitation minière est censée générer un développement durable où les préoccupations environnementales et sociales demeurent importantes. Hélas, ces dernières sont considérées comme secondaires face aux intérêts économiques dans le cadre juridique de l'exploitation minière au Mali.

Paragraphe 2 : Exploitation minière et préoccupations non économiques

La prise de conscience généralisée de la question des préoccupations sociales et environnementales dans le contexte africain est effective depuis quelques années. La Banque Mondiale a même entrepris vers les années 2000, une évaluation des impacts environnementaux et sociaux de ses activités dans le secteur minier à travers le lancement d'une revue sur l'industrie extractive (RIE)⁴⁴⁵. À la fin de cette évaluation, ladite revue a conclu que «la Banque mondiale a encore un rôle à jouer dans le secteur minier, mais seulement si ces interventions permettent aux industries extractives de contribuer à la lutte contre la pauvreté via le développement durable»⁴⁴⁶. La protection des droits de l'homme et du développement durable bénéficie ainsi de manière croissante d'une grande attention dans les projets miniers en Afrique. Les véritables avancées dans l'exploitation minière malienne en termes de prise en compte des préoccupations d'intérêt général (A), n'ont pourtant pas suffi à assurer une protection effective de tels enjeux (B).

⁴⁴⁴ Kanta Korotoumou, « Les politiques minières maliennes à l'aune des enjeux du développement économique et social » (2018) 01 Cahiers du CIRDIS, en ligne http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/cahier_cirdis_-_no_2018_-1_-_korotoumou_final.pdf.

⁴⁴⁵ Revue des industries extractives (RIE), consultable en ligne <http://siteresources.worldbank.org/INTOGMC/Resources/eirmgmtresponsefinalfrench.pdf>. Voir aussi, <http://documents.worldbank.org/curated/en/2012/01/17743538/world-bank-group-extractive-industries-2012-annual-review>. Voir aussi, Gisèle Belem, « Lutte contre la pauvreté et protection de l'environnement au Mali : quel bilan faire du renouvellement du rôle du groupe de la banque mondiale » dans Bonnie Campbell (dir), Ressources minières en Afrique : quelle réglementation pour le développement, supra note 203, à la p 118.

⁴⁴⁶ *Ibid.* à la p 120.

A- Prise en compte des préoccupations d'intérêt général dans l'exploitation minière malienne

Les règles nationales maliennes prévoient de nombreuses dispositions pour assurer la protection de l'intérêt général tant sur le plan environnemental que sur le plan social.

1) Sur le plan environnemental

L'exploitation minière engendre des dommages environnementaux. Les populations locales sont les premières victimes de ces dommages alors qu'elles ne sont pas souvent associées aux activités minières. Les multiples déversements de produits chimiques dans les eaux, la dégradation des terres agricoles, la pollution des lits des rivières, les risques liés à l'exposition à des produits dangereux pour les travailleurs, constituent quelques illustrations des risques potentiels de l'exploitation minière sur le plan environnemental. Au niveau social, les projets miniers influent directement sur les communautés locales à proximité des sites miniers à travers l'expropriation des terres fertiles pour les besoins de la mine, l'abandon de l'activité agricole et les problèmes de santé publique.

Les droits de l'homme font de la protection de l'environnement un impératif et une partie intégrante de leurs domaines d'intervention⁴⁴⁷. Si l'État malien a ratifié de nombreux

⁴⁴⁷ Le droit de tout homme à l'environnement a été proclamé après la Déclaration Universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, dans le principe 1 de la Déclaration de Stockholm de 1972 selon lequel « l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisante, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ». Voir Gerard Martin, *Le droit de l'environnement, de la responsabilité pour fait de pollution au droit à l'environnement*, Lyon, Publications périodiques spécialisées, 1978, pp.128. Ce dernier s'exprimait en ces termes « si l'environnement n'est pas protégé, le développement sera compromis; sans développement, il ne sera pas possible de protéger l'environnement ».

instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁴⁴⁸, il s'est aussi engagé à de nombreuses conventions internationales relatives à la protection de l'environnement, telles que la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (POPS)⁴⁴⁹. Cette convention porte sur l'obligation de prendre des mesures visant à réduire ou à éliminer les rejets provenant d'une production et utilisation intentionnelle des POPS. Sur le plan national, de nombreuses dispositions visent la protection de l'environnement. C'est ainsi que l'article 15 de la constitution malienne dispose que « Toute personne a droit à un environnement sain. La protection, la défense de l'environnement et la promotion de la qualité de la vie sont un devoir pour tous et pour l'État »⁴⁵⁰. De même, une politique nationale de protection de l'environnement (PNPE) a aussi été adoptée en 1998⁴⁵¹. Partant de ce qui précède, la protection de l'environnement demeure importante au Mali, et ce, particulièrement dans le secteur minier.

Fort de cela, deux catégories d'exigences ont été adoptées par les lois minières au Mali en vue d'assurer une protection environnementale qui profite aux communautés locales. La

⁴⁴⁸ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 Décembre 1966, en ligne <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>; Pacte International relatif aux droits civils et politiques, en ligne <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>; Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été ratifié par le Mali en 1966; Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a été ratifié en 1974; la Charte africaine des droits de l'homme a été ratifiée en 1981.

⁴⁴⁹ La Convention des Nations Unies sur les polluants organiques persistants (POPS) vise à éliminer les produits chimiques (actuellement en nombre de 21) difficilement dégradables et toxiques et à interdire leur utilisation. Il s'agit d'une Convention dont le but est de contrôler l'utilisation d'un groupe de composés toxiques persistants. Les premières substances reconnues en 2001 comme des POPS au titre du Traité sont huit pesticides (l'aldrine, le Chlordane, le DDT, la dieldrine, l'endrine, l'heptachlore, le mirex et le toxaphène), deux produits industriels (les PCB et l'hexachlorobenzène qui est aussi un pesticide) et deux sous-produits indésirables de la combustion et du processus industriel (les dioxines et les furanes). La Convention a des conséquences financières importantes dans les pays en voie de développement, notamment, pour le remplacement des POPS par d'autres produits, l'élimination adéquate des stocks et la rénovation des installations industrielles. Voir pour plus d'informations, http://www.pops.int/documents/convtext/convtext_fr.pdf.

⁴⁵⁰ Article 15 du Décret N° 92-0731 P- CTSP portant promulgation de la constitution malienne, en ligne, <http://unpan1.un.org/intrdoc/groups/public/documents/cafrad/unpan002746.pdf>.

⁴⁵¹ Décret N°98-415/PM-RM du 24 Décembre 1998 fixant le cadre institutionnel de la gestion des questions environnementales. Voir aussi, Loi n° 01-020 du 30 Mai 2001 relative aux pollutions et nuisances.

première concerne l'étude d'impact environnemental et social (EIES)⁴⁵² qui intervient préalablement à la délivrance des titres miniers d'exploitation. Elle vise à prévoir les conséquences négatives et positives d'un projet, programme ou une activité à court, moyen et long terme sur les milieux naturels et humains⁴⁵³. L'Étude d'impact environnemental et social (EIES) est définie comme « l'identification, la description et l'évaluation des effets des projets sur l'homme, la faune, la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat et le paysage, y compris les interactions entre ces facteurs, le patrimoine culturel et les autres biens matériels »⁴⁵⁴. L'objet de l'EIES vise entre autres, la prévention de la dégradation environnementale, l'optimisation de l'équilibre entre le développement économique, social et environnemental, la participation des populations et organisations concernées aux différentes phases des projets⁴⁵⁵.

L'article 5 du décret portant EIES exige de « soumettre obligatoirement à un audit environnemental, tout travail, tout aménagement et tout ouvrage industriel, agricole, minier, artisanal, commercial ou de transport, dont l'activité peut être source de pollution, de nuisance ou de dégradation de l'environnement »⁴⁵⁶. À la suite de l'Étude d'impact environnemental et social (EIES), un plan de gestion environnementale et sociale doit

⁴⁵² L'Étude d'impact environnemental et social (EIES) est régie par le Décret N°08-346 P/RM du 26 Juin 2008 relatif à l'Étude d'impact environnemental et social modifié par le décret n°09-318/PRM du 26 Juin 2009.

⁴⁵³ Article 1^{er}, alinéa 10 du Règlement N°18/2003/CM/UEMOA qui définit l'étude d'impact environnemental et social comme 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 terme sur les milieux naturel et humain ».

⁴⁵⁴ Article 1^{er}, alinéa 17 de la loi n°2012- 015 du 27 Février 2012 portant Code minier du Mali.

⁴⁵⁵ Article 2 du Décret n° 08-346/P-RM du 26 juin 2008 précise l'objet de l'étude d'impact environnemental et social vise «la prévention de la dégradation de l'environnement et de la détérioration du cadre de vie des populations suite à la réalisation des projets, la réduction et/ou la réparation des dommages causés à l'environnement par l'application des mesures d'atténuation, de compensation ou de correction des effets néfastes issus de la réalisation des projets, l'optimisation de l'équilibre entre le développement économique, social et environnemental, la participation des populations et organisations concernées aux différentes phases des projets et la mise à disposition d'informations nécessaires à la prise de décision».

⁴⁵⁶ Article 5 du Décret n° 08-346/P-RM du 26 juin 2008.

être soumis. Celui-ci va prévoir « toutes les actions à mettre en place pour prévenir, réduire, supprimer ou compenser les effets négatifs des activités minières sur l'environnement et sur la santé des populations riveraines du site minier »⁴⁵⁷. Le plan de gestion environnementale et sociale, une fois adopté devrait également tenir compte des évolutions qui pourraient intervenir dans le projet minier. C'est ainsi que l'article 145 du Code minier de 2012 requiert à ce que « le titulaire du permis d'exploitation soit tenu d'actualiser l'EIES et inclure cette actualisation dans le Rapport annuel exigé à l'article 88 du même code »⁴⁵⁸. Le titulaire du permis d'exploitation est également tenu de faire précéder toute ouverture de travaux d'exploitation, d'une étude archéologique à l'intérieur du périmètre d'exploitation conformément au code minier⁴⁵⁹.

La deuxième exigence prévoit de réhabiliter le site minier à la fin de l'exploitation et d'adopter un plan de fermeture. En effet, les États requièrent des entreprises minières qu'elles garantissent la bonne fin des opérations d'exploitation minière et la sécurisation des sites miniers sauf pour les périmètres qui continuent d'être couverts par un titre minier. C'est ainsi qu'il est prévu à l'article 154 du code minier que « tout postulant à un permis d'exploitation ou à une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu de prévoir, en même temps que l'étude d'impact environnemental et social ou la notice d'impact environnemental et social, un plan de

⁴⁵⁷ Article 1^{er}, alinéa 42 de la loi n°2012-015 du 27 Février 2012 portant code minier du Mali dispose qu'un Plan de gestion environnementale et sociale est un « document défini à l'issue de l'étude d'impact environnemental comportant les engagements du titulaire du titre minier en matière de protection de l'environnement. Ces engagements concernent toutes les actions à mettre en place pour prévenir, réduire, supprimer ou compenser les effets négatifs de ses activités minières sur l'environnement et sur la santé des populations riveraines du site minier ».

⁴⁵⁸ L'article 88 du code minier dispose que « pendant la durée de l'exploitation, le titulaire d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu d'adresser au directeur des mines, un rapport annuel en quatre exemplaires, correspondant à l'exercice fiscal de la société, comprenant les éléments techniques et sociaux du fonctionnement de chaque site d'exploitation et les éléments concernant la production et les ventes. Ce Rapport qui sera remis sur papier et sur support électronique, contiendra tous les plans, figures, coupes, tableaux, photographies nécessaires à sa compréhension ».

⁴⁵⁹ Article 145 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant code minier de 2012.

fermeture et de réhabilitation de la mine »⁴⁶⁰. C'est la raison pour laquelle le titulaire d'un permis d'exploitation devrait, avant la fin de l'exploitation faire connaître les mesures qu'il envisage de mettre en œuvre pour préserver la sécurité et la salubrité publiques, respecter les caractéristiques essentielles du milieu environnant, conformément à la législation en vigueur en la matière, et d'une façon générale pour faire cesser les nuisances de toute natures générées par ses activités⁴⁶¹.

En outre, la remise en état du site d'exploitation implique de mettre en place des terres arables, le couvert végétal, ou de préparer le site en vue d'une exploitation future. Conformément à l'article 145 du code minier, «le titulaire du permis d'exploitation est tenu de garantir la bonne fin de l'exécution des travaux de préservation, de mise en état ou de réhabilitation et de sécurisation du site minier prévus dans l'étude d'impact environnemental et social au moyen d'une caution auprès d'une banque internationalement reconnue, appellable à première demande et dont les conditions de mise en place, le montant et les modalités de décaissement sont définis dans le décret d'application»⁴⁶². Ledit décret dispose en vertu de l'article 37 que « les titulaires de permis d'exploitation doivent ainsi ouvrir et alimenter un compte fiduciaire en vue de constituer un fonds qui servira à couvrir les frais de préservation et de réhabilitation de l'environnement »⁴⁶³. Le montant de cette caution doit être de 5% du chiffre

⁴⁶⁰ Article 154 de la Loi N° 2012-015 du 27 Février 2012 portant *Code minier* du Mali. Le plan de fermeture et de réhabilitation est un document comprenant l'ensemble des méthodes prévues de démantèlement et de récupération de toutes les composantes des installations minières et des travaux de réhabilitation progressifs à réaliser en cours d'exploitation et à la cessation de l'exploitation.

⁴⁶¹ Oumar Cissé, *Le Droit Minier face à la Souveraineté des États*, supra note 14.

⁴⁶² Article 145 de la Loi N° 2012-015 du 27 Février 2012 portant *Code minier* du Mali.

⁴⁶³ L'article 37 du Décret N° 2012- 311-/P-RM du 21 Juin 2012 fixant les conditions et modalités d'application de la Loi portant Code minier du Mali, et conformément aux articles 105 et 143 du Code Minier, « le titulaire d'un permis d'exploitation, d'une autorisation d'exploitation de petite mine ou d'une autorisation d'exploitation de carrière, est tenu de déposer une caution ou une garantie auprès d'une banque de premier ordre ».

d'affaires prévisionnel de la société d'exploitation. Si ce montant s'avère insuffisant, la société d'exploitation est tenue d'apporter le fonds supplémentaire nécessaire en vertu des articles 37 et 38 du décret d'application du code minier de 2012⁴⁶⁴. De telles dispositions permettent de garantir la mise en œuvre des obligations visant la protection de l'environnement.

Le cadre sous régional de l'UEMOA et de la CEDEO prévoit également de telles dispositions protectrices de l'environnement⁴⁶⁵. En effet, le code de l'UEMOA, en son article 18, impose avant l'octroi des permis d'exploitation que les entreprises minières fournissent une étude de faisabilité, doivent effectuer préalablement sur le site minier, une étude d'impact environnemental des activités minières avant toute ouverture⁴⁶⁶, et adopter un plan de gestion environnementale et sociale et un plan de fermeture et de réhabilitation⁴⁶⁷. Toutes ces obligations environnementales mettent en avant le souci du législateur de garantir que les projets miniers puissent assurer un développement harmonieux, qui prend en compte les divers aspects

⁴⁶⁴ Article 38 du Décret N° 2012- 311-/P-RM du 21 Juin 2012 fixant les conditions et modalités d'application de la Loi portant Code minier du Mali.

⁴⁶⁵ L'article 6, alinéa 1^{er}, de la Directive C/DIR3/05/09 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier dispose que « 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 ».

⁴⁶⁶ L'article 18 du Règlement portant code minier communautaire de l'UEMOA, 23 décembre 2003 dispose que « tout titulaire de titre minier exécutant des travaux de prospection, de recherche, ou d'exploitation des 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; mettre en place un plan de surveillance ainsi qu'un programme de réhabilitation de l'environnement ».

⁴⁶⁷ Le code minier de 2012 définit « un plan de gestion environnementale et sociale est un document défini à l'issue de l'étude d'impact sur l'environnement comportant les engagements du titulaire du titre minier en matière de protection de l'environnement. Ces engagements concernent toutes les actions à mettre en place pour prévenir, supprimer ou compenser les effets négatifs de ses activités minières sur l'environnement et sur la santé des populations riveraines du site minier ». Quant au plan de fermeture et de réhabilitation, il signifie « un document comprenant l'ensemble des méthodes prévues de démantèlement et de récupération de toutes les composantes des installations minières et des travaux de réhabilitation progressifs à réaliser en cours d'exploitation et à la cessation de l'exploitation ».

du développement humain. Au-delà de la protection environnementale, l'exploitation minière engendre également des impacts négatifs sur les populations locales, que prévoient les lois maliennes pour sauvegarder leurs intérêts?

2) Sur le plan de la protection des communautés locales

L'industrie minière a une influence certaine sur les communautés locales qui subissent de nombreux déplacements et pollutions occasionnés par les projets miniers. De nombreux déplacements de populations ont été réalisés au niveau des villages environnants pour des fins d'exploitation des mines car l'installation des sociétés minières nécessite quelquefois des expropriations de terres agricoles. Qu'il y ait dédommagement ou pas, l'expropriation a pour conséquence la réduction des terres agricoles. Les problèmes de terres agricoles sont une des revendications prioritaires des populations locales du fait que les permis d'exploitation couvrent dans la plupart des cas la presque totalité du territoire des villages touchés. Les risques de contamination des eaux, des nappes phréatiques, et de l'air dans les environs sont également notoires. Des conflits peuvent également naître de l'implantation de l'entreprise étrangère surtout quand les parties prenantes à savoir les populations locales ne désirent pas qu'elle s'installe. Ses incidences négatives doivent être encadrées.

Si le code minier malien de 1991⁴⁶⁸ n'abordait aucunement ces questions sociales, il a fallu attendre celui de 1999 pour voir les entreprises minières placées dans l'obligation d'assurer des infrastructures sanitaires, scolaires, et de loisir pour les travailleurs de la mine et leurs

⁴⁶⁸ Ordonnance N°91-065/P-CTSP du 19 septembre 1991.

familles⁴⁶⁹. L'article 125 dudit code dispose que « les titulaires de titres miniers et leurs sous-traitants sont tenus:

- d'assurer le logement des travailleurs sur le site dans les conditions d'hygiène et de salubrité conformes à la législation en vigueur;
- de respecter la législation et les règlements sanitaires tels qu'ils résultent des textes en vigueur;
- de respecter les conditions générales du travail relatives à la prévention et à la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles et aux associations professionnelles et syndicats;
- de contribuer à partir de la date de première production : à l'implantation ou l'amélioration d'infrastructures sanitaire et scolaire, à une distance raisonnable du gisement correspondant aux besoins normaux des travailleurs et de leurs familles, l'organisation, sur le plan local, d'installations de loisirs pour leur personnel et leurs familles»⁴⁷⁰.

C'est le code minier de 2012 qui a impulsé un véritable changement en introduisant tout un chapitre sur le développement communautaire des populations affectées. Le développement économique et social des communautés locales est devenu ainsi une composante intégrante de la réglementation minière malienne⁴⁷¹. Cela démontre l'importance accordée par les autorités maliennes au développement communautaire et de leur volonté à impliquer toutes les parties prenantes au projet minier. Cela dit, les enjeux de déplacements des populations locales pour l'installation des entreprises minières sont une autre préoccupation. L'analyse des différents codes miniers en ce qui concerne les déplacements de populations révèle certes quelques

⁴⁶⁹ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 1.

⁴⁷⁰ Article 125 de l'Ordonnance N°99-032/P-RM du 19 Août 1999 portant Code minier en République du Mali.

⁴⁷¹ L'assistance au développement communautaire peut être définie comme « la contribution des sociétés minières au développement socio-économique des populations vivant autour des sites miniers particulièrement pendant la phase d'exploitation ».

avancées. L'article 84 du code minier de 1991 disposait que « les travaux effectués sur la terre doivent être compensés et que les populations déplacées doivent être réinstallées »⁴⁷². L'article 69 du code minier de 1999 rajoute qu'« à la demande du titulaire d'un titre d'exploitation, il sera procédé au déplacement et à la réinstallation de populations dont la présence sur les sites d'exploitation entraverait les travaux d'exploitation. Le titulaire du titre d'exploitation sera tenu d'assurer le déplacement et la réinstallation sur un site choisi à cet effet »⁴⁷³. Le code minier de 2012 va plus loin lorsqu'il affirme conformément à son article 83 que « sur demande du titulaire d'un titre d'exploitation, l'administration chargée des mines conformément à l'Étude d'Impact environnemental et social, au Plan d'Action de Réinstallation (PAR) et au Rapport sur les Procédures de Compensation et de Recasement (PCR), procède au déplacement et à la réinstallation de population dont la présence sur les sites d'exploitation entraverait les travaux d'exploitation. Les dépenses nécessaires au déplacement et à la réinstallation des populations sont à la charge du titulaire du titre d'exploitation »⁴⁷⁴.

En dépit de ces avancées, la question foncière apparaît comme un enjeu majeur pour les communautés locales dans l'exploitation minière malienne, tel que mentionné ci haut. Le code minier a pu contribuer à la clarification des droits des propriétaires fonciers par rapport aux titulaires de titres miniers. C'est ainsi que l'article 73 du code minier dispose que « nul droit de recherche ou d'exploitation découlant des titres miniers ne vaut sans le consentement du (des) propriétaire (s) foncier (s), de ses (leurs) ayants droit, en ce qui concerne les activités impliquant

⁴⁷²Article 84 du Code minier de 1991 du Mali et l'article 26.1 de la convention d'établissement-type.

⁴⁷³L'article 69 du code minier de 1999 au Mali dispose que « A la demande du titulaire d'un titre d'exploitation, il sera procédé au déplacement et à la réinstallation de population dont la présence sur les sites d'exploitation entraverait les travaux d'exploitation. Le titulaire du titre d'exploitation sera tenu d'assurer le déplacement et la réinstallation sur un site choisi à cet effet ».

⁴⁷⁴Article 83 de la Loi N° 2012-015 du 27 Février 2012 portant *Code Minier* du Mali.

la surface ou ayant un effet sur celle-ci »⁴⁷⁵. Mais l'article 74 affiche sans ambiguïté l'importance accordée par l'État à l'activité minière. Ainsi, « en l'absence du consentement du propriétaire foncier ou de ses ayants droit, celui-ci peut se voir imposer, conformément à la réglementation en vigueur et moyennant une adéquate et préalable indemnisation, l'obligation de laisser effectuer les travaux sur sa propriété et de ne pas les entraver »⁴⁷⁶. Il peut en être déduit que les droits conférés par les titres miniers l'emportent sur ceux des propriétaires fonciers. Le Code minier démontre ainsi clairement la volonté des autorités de donner la priorité à l'exploitation minière, désormais considérée comme une des principales sources de revenus de l'État. Toutefois, il importe de noter que ce cadre protecteur de l'intérêt général présente quelques limites qui méritent d'être soulignées.

B- Les limites liées à la protection des préoccupations d'intérêt général

Les limites sont relatives d'une part aux lacunes normatives (1) et d'autre part à celles institutionnelles (2) de l'État malien.

1) Lacunes normatives

Par rapport à la protection de l'environnement, la réglementation minière malienne comporte quelques insuffisances qu'il convient de relever. Premièrement, la gestion du cyanure d'une importance cruciale pour l'exploitation aurifère n'est nullement abordée par les différents codes miniers⁴⁷⁷. Seule la Directive de la CEDEAO dispose en vertu de l'article 6, alinéa 6, que

⁴⁷⁵ Article 73 alinéa 1^{er} de la loi N° 2012- 015 du 27 Février 2012 portant code minier du Mali.

⁴⁷⁶ Article 74 de la loi N° 2012- 015 du 27 Février 2012 portant code minier du Mali.

⁴⁷⁷ Le Cyanure constitue dans l'extraction de l'or du minerai, l'agent chimique qui présente un grand risque de toxicité. Le cyanure est un produit chimique qui agit rapidement, est potentiellement mortel et peut exister sous

« 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 »⁴⁷⁸. Les préoccupations des communautés locales traduisent une inquiétude constante quant à la présence du cyanure dans l'atmosphère, sur la terre et dans le sous-sol. La presse a ainsi révélé qu'à Djidjan - Loulo (région de Kayes), un tuyau servant de conduite de cyanure et traversant le village a éclaté et déversait du produit toxique, un incident qui est à l'origine de tensions entre les villageois et la société minière⁴⁷⁹. Un code international sur la gestion du cyanure vise à compléter les législations existantes. Cependant, il demeure une initiative à adhésion volontaire qui ne couvre pas toutes les questions liées à la sécurité ou aux conséquences environnementales durant la conception et la construction des systèmes de stockage de produits résiduels. Dans la même optique, les effets à long terme de la fermeture ou de la réhabilitation des sites miniers ne sont pas non plus couverts par ledit code⁴⁸⁰. La gestion du cyanure est une question épineuse qui demeure une importante lacune des législations minières au Mali.

Deuxièmement, la responsabilité à long terme des entreprises minières relativement aux impacts environnementaux après fermeture et démantèlement de la mine ne sont pas suffisamment couvertes par les législations minières maliennes. Aucune information n'est prévue par les dispositions actuelles du code minier sur la durée pendant laquelle la

diverses formes. Voir pour plus d'informations sur le cyanure, <http://www.bt.cdc.gov/agent/cyanide/french/pdf/facts.pdf>.

⁴⁷⁸ Article 6 alinéa 6 de la Directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO du 27 mai 2009 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier

⁴⁷⁹ Journal, *L'œil du Mali* du 12 mars 2015.

⁴⁸⁰ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du Mali*, *supra* note 1.

responsabilité de l'entreprise minière sera maintenue après fermeture des mines. Or, cette question demeure importante dans la mesure où l'État malien ne dispose pas de moyens nécessaires pour faire face à un passif environnemental. Seul l'article 157 du code minier de 2012 dispose que « tout titulaire d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation de petite mine conserve une responsabilité civile pour les dommages et accidents qui pourraient être provoqués par les anciennes installations après la fermeture de la mine et la délivrance du quitus en matière environnementale par le Ministère chargé de l'environnement »⁴⁸¹.

Il apparaît important de bien comprendre ici les enjeux que recouvrent les activités de fermeture et de démantèlement d'une mine. En effet, les projets miniers ont une large empreinte environnementale qui, mal gérée, peut laisser les pouvoirs publics avec un très lourd passif du fait des dommages causés aux eaux souterraines et aux sols⁴⁸². La fermeture et le démantèlement d'une mine, dernière phase du cycle d'extraction, est celle qui présente le plus de risques sur le plan de l'importance du passif futur. La fermeture d'une mine est définie comme étant la conversion d'une mine en exploitation à une mine fermée, de manière ordonnée, sûre et respectueuse de l'environnement. Au total, le passif que représente le démantèlement des sites miniers dans de mauvaises conditions peut atteindre plusieurs milliards de dollars. L'objectif des activités de fermeture d'une mine est de remettre la zone touchée par le projet minier dans l'état écologique où elle se trouvait avant l'ouverture de la mine ainsi que de s'occuper des conséquences sociales de la fermeture de la mine. Au regard de l'importance de la question, une

⁴⁸¹ Article 157 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant Code Minier du Mali.

⁴⁸² Ministère de l'environnement, de l'assainissement et du développement durable, *Analyse économique du développement du secteur minier et des défis de la préservation de l'environnement et des ressources naturelles*, p.90.

assurance financière ou garantie constitue le principal outil financier utilisé pour garantir que le passif environnemental ne soit pas transmis à l'État lors de la fermeture d'une mine⁴⁸³. Elle permet à l'État de disposer de fonds suffisants pour couvrir tous les coûts susceptibles d'être encourus pour respecter les obligations environnementales, dans le cas où le détenteur du permis ne serait pas en mesure de le faire ou ne remettrait pas l'environnement en état.

Cette situation peut se produire lorsqu'une entreprise d'exploration ou une société minière fait faillite ou manque à ses engagements en matière d'environnement, et que l'instance administratrice doit remettre en état la zone perturbée par les activités minières. A ce titre, l'article 145 b) du code minier de 2012 au Mali dispose que « conformément au plan de fermeture prévu à l'article 154 ci-dessous, garantir la bonne fin de l'exécution des travaux de préservation, de mise en état ou de réhabilitation et de sécurisation du site minier prévus dans l'étude d'impact environnemental et social au moyen d'une caution auprès d'une banque internationalement reconnue, callable à première demande et dont les conditions de mise en place, le montant et les modalités de décaissement sont définis dans le décret d'application ». Si l'entreprise mène à bien le démantèlement du site d'extraction en satisfaisant aux critères prédéterminés, le montant de la garantie financière est intégralement reversé à l'entreprise.

Quant aux préoccupations sociales, les limites concernent essentiellement la question foncière qui est une problématique complexe dans la mesure où elle n'est pas convenablement traitée dans les zones minières. Il apparaît important de comprendre à ce niveau la question de la gestion des terres au Mali pour nous permettre de mieux appréhender les règles prévues par les législations minières en vue de protéger les propriétaires fonciers. A cet effet, il faudrait

⁴⁸³Havard Halland, Martin Lokanc et Arvind Nair, *Le secteur des industries extractives, Points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes, des Finances publiques et des responsables politiques*, supra note 2.

souligner le rôle de gestionnaire de l'ensemble des terres regroupées dans un domaine national qui a été attribué à l'État malien. Ce dernier reste pourtant concurrencé dans cette mission par des chefs de village dans certaines localités⁴⁸⁴. Il en résulte ainsi deux régimes fonciers au Mali, le premier s'exerce au moyen de titres formels sur les terres immatriculées et l'autre s'exerce sur des terres non immatriculées détenues par les communautés locales et traditionnellement gérées par des chefs de village. Les terres non immatriculées sont ainsi régies par des droits coutumiers qui sont reconnus par l'État mais sans être des droits de propriété à part entière. Ils demeurent néanmoins encadrés par le code domanial et foncier qui complète les dispositions du code minier en matière d'accès à la terre ainsi que la propriété foncière.

Les communautés locales qui détiennent pour la plupart des droits coutumiers sur des terres non immatriculées sont susceptibles d'être grevées par des titres miniers. Dans un tel cas de figure, la question est de savoir quelle est la force juridique des droits coutumiers face à l'installation des sociétés minières? Si l'exploitation minière demeure prioritaire sur les droits fonciers, les propriétaires en l'occurrence, ceux détenant des droits coutumiers, disposent d'une certaine garantie. Le code domanial et foncier (CDF) dispose en son article 43 que « les droits coutumiers exercés collectivement ou individuellement sur les terres non immatriculées sont confirmés. Aucun individu, aucune collectivité ne peut être contraint de céder ses droits si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnisation »⁴⁸⁵. Mais les droits coutumiers des communautés locales restent précaires. Quand elles sont déplacées au profit de la mine, l'indemnisation n'est pas souvent conforme aux pratiques internationales. Les

⁴⁸⁴ Amadou Keita, « Orpaillage et accès aux ressources naturelles et foncières du Mali » (2017) 01 Les Cahiers du CIRDIS, Collection de la recherche, en ligne, http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/cahier_cirdis_-n°2017_-_01.pdf.

⁴⁸⁵ Article 43 de l'Ordonnance N°00-027 du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier modifié par la loi N°02-008 du 12 Février 2002.

montants perçus au titre des indemnisations peuvent être en déphasage avec les prix réels pratiqués sur le marché foncier.

Si les négociations en vue des compensations lors de l'implantation de projets miniers se pratiquaient de manière aléatoire et volontaire par les représentants des sociétés minières concernées⁴⁸⁶ l'avènement du code minier de 2012 ainsi que le code domanial et foncier ont permis de fixer certains critères au profit des communautés affectées. Toutefois, le code domanial et foncier ne prévoit que la réparation du dommage actuel et direct. Qu'il s'agisse de la purge des droits coutumiers ou de l'expropriation pour cause d'utilité publique, lorsque les populations sont déplacées et réinstallées, la pratique des sociétés minières ne tient pas compte de la valeur de la terre au Mali. Ce sont les cultures ou les réalisations faites sur la terre qui sont prises en compte. Un service technique au niveau de la commune ou du cercle est chargé de déterminer le rendement à l'hectare pour le type de culture effectué par le paysan, ainsi que son prix au kilogramme. Sur la base de ces deux indices, les bénéfices probables sont estimés et les compensations effectuées. Les communautés locales se retrouvent ainsi dépossédées de leurs terres au profit des sociétés minières sans être adéquatement indemnisées⁴⁸⁷. Le constat de l'amélioration de la prise en charge des déplacements de populations par les différents codes miniers n'occulte pas la question de compensation qui est en décalage avec les réalités internationales au Mali⁴⁸⁸.

La Directive de la CEDEAO sur l'harmonisation des principes directeurs stipule qu'« en cas d'occupation de terrains aux fins de l'exploitation minière, une compensation appropriée et

⁴⁸⁶ Amadou Keita, « *responsabilité sociale des entreprises minières et développement communautaire dans les zones minières au Mali, du volontariat à l'obligation juridique, une perspective de terrain* », supra note 1, p. 62.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ *Ibid.*

rapide doit être payée au propriétaire ou à l'occupant légitime. Le calcul de cette compensation doit tenir compte des pertes subies, des désagréments dûment évalués, des pertes et des dégâts causés aux 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 »⁴⁸⁹. Il est très important que les sociétés minières se conforment aux normes et pratiques internationales en matière de déplacements de populations si elles ne veulent pas voir engager contre elles, un recours pour atteinte aux droits de l'homme. L'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels stipule que :

« 1- Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.

Les mesures que chacun des États parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales ».

Les personnes ainsi déplacées doivent être relocalisées et les remettre dans les conditions dont elles bénéficiaient auparavant y compris mettre à leurs dispositions les ressources nécessaires. L'État malien doit s'assurer que les entreprises minières offrent aux populations locales relocalisées les conditions de travail qui occupaient ces dernières avant leurs déplacements. En effet, il revient à l'État de contrôler la mise en œuvre des dispositions qui sont à la charge des

⁴⁸⁹ *Ibid*, p.88.

entreprises minières lors de l'implantation des projets miniers. Cependant, un tel contrôle est bien souvent défaillant du fait des moyens limités de l'État. Ces insuffisances normatives renvoient à celles institutionnelles.

2) Lacunes institutionnelles

Les insuffisances institutionnelles sont relatives à la faiblesse des capacités de l'État malien pour contrôler la mise en œuvre des obligations de protection de l'intérêt général. Les problématiques de protection des droits de l'homme et du développement durable sont ainsi éludées au Mali du fait de la faiblesse des capacités institutionnelles et financières de l'État et cette incapacité se manifeste de plusieurs manières. Il faut dire que la redéfinition du rôle de l'État malien grâce aux nombreuses réformes entreprises dans les années 1990 a considérablement réduit ses capacités techniques et financières. Cette limitation restreint les capacités de l'État à maximiser les retombées économiques et financières de l'exploitation minière sur l'économie nationale d'une part. D'autre part, elle favorise la prise en charge des préoccupations sociales et environnementales par les sociétés minières⁴⁹⁰. L'État manque non seulement de moyens financiers, mais aussi humains⁴⁹¹ et techniques⁴⁹² nécessaires pour mettre en place les obligations dont il a la charge.

⁴⁹⁰ Gisèle Belem, « Lutte contre la pauvreté et protection de l'environnement au Mali : quel bilan faire du renouvellement du rôle du groupe de la banque mondiale » dans Bonnie Campbell (dir), Ressources minières en Afrique : quelle réglementation pour le développement, supra note 302.

⁴⁹¹ « Pour les géologues maliens, un emploi dans l'administration publique minière n'est guère attrayante. Les écarts de rémunération entre les secteurs public et privé sont en effet considérables : en 5 ans, un géologue gagne dans une compagnie privée l'équivalent de 25 ans de salaires dans la fonction publique ».

⁴⁹² « Seulement trois appareils d'analyse du taux de cyanure, une pollution courante de l'industrie extractive existe en Afrique dont un, se trouve au Mali. Cette technologie qui coûte près de 30 millions de francs CFA appartient au laboratoire d'analyse de l'entreprise Morila SA. Celui-ci communique ses données aux fonctionnaires chargés de contrôler l'impact environnemental de la mine de Morila, sans que ces derniers n'aient les moyens de les vérifier ». Voir *Ibid.*

Par conséquent, le contrôle des activités d'exploitation minière est irrégulièrement effectué par l'État malien. Il organise peu d'audits environnementaux et les études pour s'assurer de la sécurité et la santé publique des populations sont quasiment inexistantes⁴⁹³. Ce sont plutôt les entreprises minières qui se chargent d'effectuer des études dont elles font l'objet, cela pose un sérieux problème de crédibilité. Les sociétés minières sont ainsi laissées à elles-mêmes alors qu'elles ne respecteraient pas toujours les obligations légales qui leur incombent. À titre d'illustration, la société minière est tenue d'élaborer des évaluations de l'impact sur l'environnement, des plans de gestion environnemental et des plans de démantèlement qui demeurent les principaux outils de la gestion de l'environnement. Pour que ces outils soient effectifs, les ministères chargés de l'environnement doivent disposer de capacités et de financements suffisants pour assurer leur mission d'inspection et de suivi environnemental⁴⁹⁴. La surveillance du respect des dispositions environnementales dans le secteur minier requiert du personnel spécialisé et du matériel moderne, notamment, des laboratoires capables d'analyser des échantillons d'eau et de sol. Or, l'État malien ne dispose pas des ressources financières, matérielles et techniques pour mener sa mission de contrôle environnemental.

Au-delà, le contrôle qu'il doit effectuer est aussi social qu'économique. Par exemple, il a été démontré que le rythme d'extraction de l'or prévu par les études de faisabilité n'est pas toujours respecté par les sociétés minières. Concernant la mine de Sadiola, « la quantité de

⁴⁹³ Pobanou Hugues Diarra et Madeleine Sauvage, *L'or est-il l'une des futures sources de richesses pour le Mali? : résultats du Projet Or Bagoé : document de travail*, Centre Djoliba Bamako, 1991; Brigitte Bocoum, *The new mining legislation of Cote d'Ivoire: some comparative features*, Geneva, Switzerland, United Nations Conference on Trade and Development, 1997.

⁴⁹⁴ Havard Halland, Martin Lokanc et Arvind Nair, *Le secteur des industries extractives, Points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes, des Finances publiques et des responsables politiques*, supra note 2, p.90.

minerais devant être traités en sept ans l'a été en cinq ans. La durée de vie de la mine a été alors réduite de deux ans (11 ans au lieu de 13 ans) du fait de l'exploitation intensive »⁴⁹⁵. Cette situation joue sur les retombées de l'exploitation minière sur le plan économique, mais influe également sur la protection de l'environnement. En l'occurrence, quand les mesures de fermeture ne sont pas ajustées pour prendre en compte les impacts environnementaux que favorisent généralement les méthodes d'extraction intensives. L'État malien peine également à assurer le suivi de la production de minerai des sociétés minières couplé au suivi environnemental et social. Sur le plan social, le suivi de la mise en œuvre des déplacements de populations affectées par le projet minier fait également défaut de la part des pouvoirs publics maliens. Il revient clairement à l'administration chargée des mines, la tâche d'opérer les déplacements et les réinstallations des communautés concernées, les frais étant à la charge du titulaire de titres miniers⁴⁹⁶. Bien souvent, les déplacements de populations sont effectués par les entreprises minières elles-mêmes. Au regard de ce qui précède, il convient de reconnaître l'immense besoin de renforcement des capacités techniques, financières et institutionnelles de l'État malien. Il lui faut renforcer ses compétences en vue de fournir une contre-expertise aux sociétés minières dans le domaine environnemental.

Conclusion du chapitre 2

⁴⁹⁵ « Dans le cas de la mine de Morila, la cadence de traitement du minerai est passée de 2,4 à 3,12 millions de tonnes par an, à partir de 2002 soit une augmentation de 30%. À un tel rythme, le gouvernement s'attend à une réduction de la durée de vie de la mine de quatre ans ». Voir Gisèle Belem, L'industrie minière malienne : la nécessité de la régulation et du renforcement des capacités, Tables rondes sur les industries extractives et la responsabilité sociale des entreprises, Montréal, Novembre 2006, Voir en ligne http://www.er.uqam.ca/nobel/poissant/IMG/pdf/CSR_Montreal_Submission_G_Belem.pdf.

⁴⁹⁶ L'article 153 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant Code minier du Mali dispose que « l'Administration chargée des Mines doit s'assurer de l'existence d'un Comité Technique de Développement Communautaire et Local ».

Les politiques incitatives couplées au retrait de l'État des activités minières constituent ainsi l'option ou la stratégie minière malienne. Une telle approche privilégiant l'implantation des entreprises privées étrangères ainsi que des mesures de taxation à leur avantage, semble avoir évacué les problématiques socio-environnementales et de développement comme des enjeux secondaires de l'exploitation minière. L'intérêt général est abordé dans la réglementation minière malienne de différentes manières et par divers instruments juridiques⁴⁹⁷. Sa protection nous y apparaît insuffisante au regard de facteurs afférents d'une part, au régime juridique international de la protection de l'intérêt général des États en développement et d'autre part, aux faiblesses des capacités normatives, institutionnelles et financières de l'État malien pour mener à bien ses missions régaliennes. Les organisations d'intégration sous régionale qui interviennent en la matière ne l'encadrent pas d'une façon concertée et efficace par rapport aux objectifs assignés. De plus, il convient de rappeler que les politiques minières mises en œuvre en Afrique vers les années 1990 recouvrent encore presque les mêmes facettes que celles qui se pratiquaient pendant la colonisation⁴⁹⁸. S'il y avait eu une quelconque rupture par rapport à cette politique coloniale pendant l'ère des indépendances, les différentes réformes instituées sous l'égide de la Banque mondiale au Mali à partir du code de 1991, renouèrent avec cette philosophie coloniale, à quelques différences près⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Que ce soit à travers le code minier de 1999, celui de 2012 et leurs différents décrets d'application, le Code domanial et foncier du Mali, Le code minier de l'UEMOA ou encore la Directive de la CEDEAO sur le droit minier en Afrique.

⁴⁹⁸ Groupe d'étude international sur les régimes miniers de l'Afrique, *Les ressources minérales et le développement de l'Afrique*, supra note 301.

⁴⁹⁹ La métropole ne cédait aucune de ses prérogatives de puissance publique dans le secteur minier au privé car la réglementation par l'administration de l'activité minière était considérée comme un acte de souveraineté. Ceci se confirme tout au long de l'évolution législative et une formule revenait fréquemment : « les personnes ou sociétés ne peuvent effectuer les opérations d'exploration, de recherche, d'exploitation des mines, sans être préalablement munies d'une autorisation personnelle délivrée par le gouverneur général » Voir Daniel Amagoïn Tessougué, *Problématique de l'implantation des sociétés minières dans un pays en voie de développement: Cas du Mali*, supra note 275 à la p 404; Voir l'article 14 du décret minier du 23 Décembre 1934.

Le groupe d'études internationales sur les régimes miniers de l'Afrique a déterminé les caractéristiques de l'industrie extractive pendant la période coloniale en Afrique :

- Les mines appartenaient aux compagnies étrangères qui les exploitaient;
- L'industrie extractive avait peu de liens avec le reste de l'économie, car la plupart des minéraux étaient exportés à l'état brut ou après une transformation rudimentaire;
- Les entreprises importaient la plupart de leurs intrants et rapatriaient tous les bénéfices sauf ceux qui étaient réinvestis;
- L'industrie extractive représentait une source substantielle souvent la plus importante des recettes publiques de la métropole;
- Les postes les plus importants nécessaires au fonctionnement des mines étaient occupés par des expatriés en raison de la division raciste du travail durant la période coloniale et qui cantonnait les africains dans des emplois peu et mal qualifiés⁵⁰⁰.

Les législations minières actuelles portent presque la même empreinte en ce sens que ce sont des entreprises étrangères qui continuent à exploiter les mines et l'État hôte n'en retire que de maigres ressources financières. Les États africains devraient revoir et relire leur intervention dans le secteur minier afin d'orienter ce secteur vers leurs priorités nationales de développement.

Conclusion de la première partie

Cette première partie nous a permis de comprendre l'évolution de la notion d'intérêt général en droit international des investissements et d'appréhender sa protection dans le cadre juridique de l'exploitation minière malienne. Si l'intérêt général oscille entre approche volontariste et celle utilitariste, c'est la recherche d'équilibre qui interpelle davantage. Cela est

⁵⁰⁰ Groupe d'étude international sur les régimes miniers de l'Afrique, *Les ressources minérales et le développement de l'Afrique*, supra note 301.

d'autant plus important en droit international de l'investissement où les préoccupations économiques de l'investisseur étranger occupent une place centrale. L'on dira même qu'elles ont prééminence sur les préoccupations d'intérêt général des États en voie de développement se résumant à la protection des droits de l'homme et du développement durable. C'est une meilleure protection des préoccupations d'intérêt général qui permettrait de rétablir un certain équilibre entre droits de l'investisseur étranger et ceux des États hôtes d'investissement, en l'occurrence ceux en voie de développement. La protection de l'intérêt général a fait l'objet d'une évolution positive en droit international de l'investissement. En effet, elle a commencé par émerger dans la jurisprudence arbitrale avant de gagner peu à peu le terrain de la voie conventionnelle. Cependant, une telle évolution n'est pas encore perceptible dans le régime juridique de l'IDE dans le secteur minier en Afrique de manière générale et particulièrement au Mali.

L'état des lieux de la protection de l'intérêt général dans la réglementation de l'investissement minier malien nous révèle des lacunes notoires. La dichotomie entre l'évolution conceptuelle de l'intérêt général et le droit positif malien ne permet pas d'assurer une protection efficace des préoccupations d'intérêt général. L'exploitation minière malienne marginalise les préoccupations d'intérêt général au profit des intérêts dérisoires que l'État en retire. Ces insuffisances sont également notables dans le cadre sous régional au niveau de l'UEMOA et la CEDEAO. La perfectibilité du cadre juridique de l'IDE dans le secteur minier malien rend nécessaire la recherche d'une politique d'équilibre entre la promotion ainsi que la protection de l'investissement international et la sauvegarde de l'intérêt général de l'État malien. Cette recherche d'équilibre constituera le socle de notre analyse dans le cadre de la deuxième partie de cette étude. Si cette deuxième partie aborde la responsabilité sociétale des entreprises (RSE)

comme un mécanisme complémentaire aux législations minières maliennes, celle-ci ne possède pas pour autant les balises nécessaires pour prendre en charge la protection de l'intérêt général. La proposition de cette deuxième partie se focalisera sur une contribution originale aux réformes du droit de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) comme cadre de référence à une politique d'équilibre dans l'exploitation minière malien

DEUXIÈME PARTIE : PROTÉGER L'INTÉRÊT GÉNÉRAL, UN DÉFI AXÉ SUR L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS

La recherche d'une politique d'équilibre des intérêts entre promotion de l'investissement international et protection de l'intérêt général sera au cœur de cette partie. Les États hôtes de l'investissement ont besoin de capitaux étrangers pour soutenir leur développement et l'investisseur doit faire fructifier son investissement dans un environnement qui l'y encourage. Si l'un et l'autre sont censés se compléter, l'État malien a davantage privilégié les politiques incitatives de promotion de l'investissement international au détriment de la protection de l'intérêt général. Une telle situation va favoriser dans l'exploitation minière malienne un grand intérêt pour les stratégies de RSE perçues tantôt comme une alternative et tantôt comme un appoint aux dispositions législatives et réglementaires nationales. Elles possèdent un potentiel de régulation significatif à l'instar d'une tendance mondiale de vulgarisation de telles pratiques. Les stratégies de RSE vont ainsi constituer le socle de cette politique d'équilibre comme mécanisme complémentaire dans la prise en compte de l'intérêt général dans l'exploitation minière malienne (chapitre 1).

Mais très vite, la portée juridique limitée des initiatives de RSE va ébranler leur efficacité voire leur effectivité. Le problème d'effectivité ou d'inadéquation entre les normes adoptées et la réalité sur le terrain ne permet pas d'assurer une protection de l'intérêt général au sens où nous l'entendons dans cette étude. Quelques pistes de réflexions dans le cadre du droit de l'OHADA vont être préconisées en vue de mieux concilier les initiatives promotrices et

protectrices de l'IDE avec la sauvegarde de l'intérêt général. Ces pistes de réflexions s'inspirent d'expériences étrangères pour servir de cadre de référence au contexte minier malien et de manière générale l'IDE dans l'espace OHADA. Au regard d'une évolution des relations économiques internationales, l'Afrique ne peut rester en marge de cette évolution. Elle est dès lors appelée à mettre en œuvre certaines réformes pour assurer une meilleure protection de l'intérêt général (chapitre 2).

Chapitre I : La responsabilité sociétale des entreprises (RSE) comme mécanisme complémentaire dans la prise en compte de l'intérêt général

La RSE est assimilée à une forme privée de régulation parce qu'elle est issue d'initiatives volontaires dont la mise en œuvre échappe pour la plupart aux acteurs traditionnels de réglementation, comme les États. Ces initiatives volontaires se présentent bien souvent comme un complément utile à la réglementation étatique des activités des entreprises transnationales. Si leur portée juridique limitée pose des difficultés de mise en œuvre, il est important de préciser que les initiatives de RSE sont perçues dans le cadre de cette recherche comme possédant un véritable potentiel de régulation. En l'absence de sanctions juridiques, c'est la question de l'effectivité de telles normes qui est en jeu; la sanction n'étant pas le seul critère permettant d'évaluer l'effectivité de telles initiatives. C'est leur application ainsi que le degré d'acceptabilité par les communautés locales de telles pratiques qui pourraient permettre d'apprécier leur effectivité. Ce qui est sûr, c'est que ces stratégies de RSE sont de plus en plus promues au point que l'industrie minière mondiale en a fait son cheval de bataille dans les pays

en voie de développement. En effet, leurs populations perçoivent l'implantation des entreprises étrangères comme un salut pour leur développement. Les entreprises minières ont ainsi multiplié les pratiques de RSE dans les zones minières pour préserver leur bonne réputation. Ces pratiques se focalisent sur des stratégies visant à amoindrir les effets négatifs des projets miniers et à favoriser une certaine acceptabilité sociale. Elles semblent d'ailleurs l'avenue privilégiée par les entreprises minières en vue de prendre en compte les préoccupations sociales et environnementales de leurs parties prenantes⁵⁰¹. Toutefois, ces normes de RSE ne remettent pas en cause pour autant la philosophie qui fonde la logique surprotectrice des préoccupations des entreprises multinationales. L'objectif de ce chapitre vise à faire ressortir que la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) représente un mandat qui a été délégué aux entreprises minières (section 1) dont la mise en œuvre dans le cadre de l'exploitation minière au Mali nécessite une meilleure intervention de l'État (section 2).

Section 1 : La responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE), un mandat délégué aux entreprises minières

La RSE est une notion encore émergente au Mali, placée sous le mandat des entreprises minières. Concept polysémique, la RSE fait l'objet de débats quant à son appréhension⁵⁰². Elle peut désigner à la fois « un concept, des pratiques d'entreprises ou encore des questionnements

⁵⁰¹ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 1; Corinne Gendron, Alain Lapointe et Marie France Turcotte, « responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée » (2004) 59 : 1 Relations industrielles/industrial relations, 2004, p.73-100.

⁵⁰² Marie-Ange Bourlès Moreau, Francesco Francioni et Anne-Elisabeth Villain-Courrier, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise, The pluridisciplinary dimension of corporate social responsibility*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.

sur les rapports entre l'entreprise et la société dans laquelle elle exerce ses activités économiques »⁵⁰³. Cette polysémie contraste avec l'unanimité qui semble accompagner le déploiement de telles pratiques par les multinationales dans le secteur minier. Il s'avère dès lors important de contextualiser la notion de RSE dans le secteur minier en général (§1). Cette contextualisation permettra de mieux appréhender les enjeux dont recouvre la RSE et d'apprécier le développement de normes internationales y relatives (§2).

Paragraphe 1 : Le concept ambigu de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE)

La notion de RSE se caractérise par son ambiguïté du fait de l'insaisissabilité de sa teneur qui est sujette à débats⁵⁰⁴. Ce que recouvre la RSE est difficilement déterminable, car elle est empreinte de plusieurs exigences antinomiques. D'une part, il n'existe pas encore de consensus quant à sa définition et d'autre part, le substantif même de RSE pose un problème dans la mesure où l'on parlerait davantage de responsabilité sociétale des entreprises au lieu de responsabilité sociale des entreprises⁵⁰⁵. La responsabilité sociétale des entreprises reflèterait-elle mieux les enjeux liés à la société dans son ensemble? Accoler le terme social à la notion de responsabilité viserait à la cantonner aux seules relations de travail, entre employeurs et salariés alors que la formule de sociétal met en relief « la multitude de parties prenantes intéressées par l'activité économique de l'entreprise »⁵⁰⁶. C'est ainsi qu'une bonne partie de la doctrine postule de

⁵⁰³ Hugues, Kenfack et Justine Dikko Tchoukang. *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise: efficacité et compétitivité (1993-2013)*, Juta and Company, coll Journées de recherche du CREDO, Claremont, 2014.

⁵⁰⁴ Frédéric Chavy, Nicolas Postel et Richard Sobel, *Responsabilité sociale de l'entreprise, nouvelle régulation du capitalisme*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2016.

⁵⁰⁵ Gaëtan Marain, *La juridicisation : De la responsabilité sociale des entreprises*, Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2016; Kathia Martin Chenut et René de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit*, Paris, A Pedone, 2016.

⁵⁰⁶ *Ibid*, p.31.

remplacer la formule sociale par sociétale⁵⁰⁷. Aux fins de cette recherche, on parlera volontiers de responsabilité sociétale de l'entreprise qui engloberait les aspects à la fois sociaux, sociétaux et environnementaux.

Outre cette controverse, il faudrait noter que l'origine exacte de cette notion reste imprécise et résulterait davantage du débat sur l'appréhension des relations entre l'entreprise et la société dans laquelle elle évolue⁵⁰⁸. Deux écoles, d'une approche américaine à celle européenne, permettent de suivre l'évolution de la notion de RSE (A). Cette évolution nous permet d'appréhender les diverses pratiques de RSE (B) qui peuvent être unilatérales ou multipartites.

A- L'évolution de la notion de responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE)

Si l'actualité des débats fait de la RSE un concept récent, elle résulte d'une idée relativement ancienne et « trouve ses fondements dans des pratiques d'entreprises vieilles de

⁵⁰⁷ Ermida Uriarte, « La responsabilité sociétale de l'entreprise », dans *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, (dir.), Isabelle Daugareilh, Bruxelles, Buylant, 2010, p.325; Catherine Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises, perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2014, p.27. Ce dernier écrivait à cet effet, que « Sociale ou Sociétale? Social accolé à responsabilité semble plus approprié. C'est d'ailleurs l'objectif retenu par les instances européennes : il correspond davantage aux origines de la CSR; l'emploi de l'adjectif sociétal, trop limité aux engagements sociétaux, ferait d'ailleurs l'impasse sur l'environnemental et le social pourtant essentiel à l'information non financière ».

⁵⁰⁸ Jean-Pascal Gond, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, 4ème édition, Paris, Presses universitaires de France, 2014; Brent D Beal, *Corporate social responsibility : definition, core issues, and recent developments*, Los Angeles, SAGE, 2014; André Sobczak, *Responsabilité globale : manager le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises*, Paris, Vuibert, 2011; Jean - Pascal Gond, *L'institutionnalisation de la responsabilité sociale de l'entreprise*, 2010; Oliver F Williams, *Corporate social responsibility : the role of business in sustainable development*, coll Routledge global institutions series 79, London, Routledge, Taylor & Francis Group, 2014; Emmanuelle Mazuyer, *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française : Direction de l'information légale et administrative, 2010; Marie-Ange Moreau- Bourlès, Francesco Francioni et Anne-Elisabeth Villain-Courrier, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise, The pluridisciplinary dimension of corporate social responsibility*, supra note 524.

plus d'un siècle outre atlantique »⁵⁰⁹. Née sous la forme de pratiques d'entreprises dès le XIXe siècle, cette idée se transformera en doctrine au cours du XXe siècle et finira par être théorisée à partir des années 50⁵¹⁰. Cette expansion de la RSE comme concept académique est attribuée à Bowen. Toute l'histoire de la RSE fait remonter à ce dernier, l'apparition de l'expression *Corporate social responsibility (CSR)*. Ses travaux dans, *social responsibilities of businessman*, ont permis de définir la RSE :

«It refers to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society»⁵¹¹.

La RSE s'est avant tout développée dans les pratiques managériales des entreprises mais avec la mondialisation, elle oscille entre deux conceptions fondamentales (1)⁵¹². Ce qui explique les nombreuses tentatives visant à la définir et à l'appréhender (2).

1- La RSE, entre approche américaine et européenne

La notion de RSE est considérée d'origine américaine, du moins, qu'elle prit forme dans un contexte économique prédominé par la toute-puissance des entreprises⁵¹³. Cette situation a posé le débat sur le rôle de l'entreprise dans la société où elle évolue⁵¹⁴. L'entreprise ne devant

⁵⁰⁹ Jean Pascal Gond et Jacques Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE)*, Paris, Presses Universitaires de France PUF, 2008, p. 7.

⁵¹⁰ Voir Jean Pasquero, « la responsabilité sociale des entreprises : trajectoire d'une idée », dans Corinne Gendron et Bernard Girard (dir.), *Repenser la responsabilité sociale des entreprises*, L'école de Montréal, Paris, Armand Colin, 2013, chap.1, p.1.

⁵¹¹ Howard R Bowen, *Social responsibilities of the business man*, New York, Harper and Brothers, 1953.

⁵¹² Françoise Quairel et Michel Capron, « le couplage responsabilité sociale et développement durable : mise en perspective : enjeux et limites » (2013) 1 (11) *Revue française de Socio Économie* 125-144.

⁵¹³ Aurélien Acquier et Jean Pascal Gond, « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) : à la découverte d'un ouvrage fondateur, social responsibilities of the businessman d'Howard Bowen » (2007) 10: 2 *Finance Contrô Strat* 5-35.

⁵¹⁴ Jean - Pascal Gond, *Les fondements théoriques de la responsabilité sociale de l'entreprise*, 2010. Pour une présentation des évolutions historiques de la RSE, voir Commission consultative nationale des droits de l'homme, « La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : nouveaux enjeux, nouveaux rôles », Les études

plus être considérée comme l'unique affaire des actionnaires mais elle devient redevable également vis-à-vis des autres parties prenantes, notamment, les salariés et les consommateurs. Cette préoccupation s'est par la suite développée en des actions philanthropiques afin de contribuer au bien-être de la communauté où l'entreprise prospère⁵¹⁵. Ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale que se réaffirme la doctrine de la RSE, marquant le passage de celle-ci du monde des affaires vers le monde académique⁵¹⁶. Tel que noté ci-dessus, l'ouvrage de Bowen⁵¹⁷ est celui qui illustre le mieux le passage de la RSE du stade de doctrine formée par le monde des affaires à celui de concept académique. Par la suite, Bowen revisitera son concept de « *social responsibilities of the businessman* », en vue de proposer une approche plus contraignante de la RSE.

C'est dans cette logique que la notion de *corporate social responsibility*, emergea en tant que vecteur de légitimation des entreprises⁵¹⁸. Cette notion de *Corporate Social Responsibility* (CSR) précise que « l'entreprise est responsable vis-à-vis de ses *shareholders* (actionnaires) et de ses *stakeholders* (parties prenantes), c'est-à-dire tous les groupes en relation avec elle : de ses clients à ses salariés, en passant par la société civile, les pouvoirs publics et ses sous-traitants

de la CNDH, O. Maurel (dir.), 2009, p.37 et s; Jean Pasquero, «La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion, un regard historique», dans M F Turcotte et A Salmon, Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise, Presses de l'Université du Québec, 2005, p.119.

⁵¹⁵Jean - Pascal Gond et Jacques Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE)*, supra note 514; Jean Pasquero, « Responsabilité sociale de l'entreprise: les approches nord-américaines », dans Jacques Igalens (Éd.), tous responsables, Paris, Éditions d'Organisation, 2004.

⁵¹⁶Jean Pascal Gond et Jacques Igalens, *La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE)*, supra note 532, p.9-10.

⁵¹⁷ Howard R Bowen, *Social responsibilities of the businessman*, supra note 532; Voir aussi, Howard H Bowen, «Social responsibilities of the businessman- twenty years later», dans Bowen H.R, *Legitimacy, Responsibility: The search for new directions in business and society*, E.M Epstein and D. Votaw, Santa Monica, CA, Goodyear Publishing Co, 1978, p. 116-130.

⁵¹⁸ *Ibid.* à la p 11.

»⁵¹⁹. Sont ainsi généralement identifiés comme des parties prenantes⁵²⁰, les actionnaires, les fournisseurs, les employés, les clients, les pouvoirs publics, les communautés locales, les acteurs de la société civile comme les ONG⁵²¹. La théorie des parties prenantes permet d'identifier la multitude d'acteurs impactés par l'activité de l'entreprise⁵²². De nombreux auteurs soulignent ainsi le rapport étroit entre la RSE et la théorie des parties prenantes⁵²³. L'approche américaine de la RSE se caractérise par ses origines managériales et s'est développée sur une démarche typiquement volontariste.

En revanche, dans le contexte européen, il en est autrement. La RSE y fait son apparition comme une réponse aux effets de la mondialisation sous la coupole du concept de développement durable⁵²⁴. Elle s'inscrit d'une part, dans le prolongement des débats sur le développement et d'autre part, dans la revendication pour une autre mondialisation fondée sur des modèles alternatifs⁵²⁵. En effet, avec le concept de développement qui était assimilé à la

⁵¹⁹ Alain Chauveau et Jean-Jacques Rosé, *L'entreprise responsable: développement durable, responsabilité sociale de l'entreprise, éthique*, Paris, Éditions d'Organisation, 2003 à la p. 46.

⁵²⁰ Freeman définit les parties prenantes comme étant « tout individu ou groupes d'individus qui peut influencer ou être influencé par la réalisation des objectifs de l'organisation ». Voir Edward Freeman, *Strategic management: a stakeholder approach*, Boston, Pitman, 1984, p.46.

⁵²¹ Florent Pestre, *La responsabilité sociale des entreprises multinationales: stratégies et mise en œuvre*, Paris, L'harmattan, 2013, p. 30.

⁵²² Didier Cazal, « Parties prenantes et RSE : des enjeux socio-politiques au-delà des contrats » (2008) 3 : 1 ev. Organisation responsable, p.12.

⁵²³ Ivan Tchotourian, « La reconnaissance juridique de l'entreprise citoyenne ou la conséquence de la perception nouvelle de l'entreprise en tant que construction collective », CDACI Travaux et publications, 2008, p.4; François Guy Trébulle, « Stakeholders Theory et droit des sociétés » (2006) 1^{ère} partie, Bull. Joly, §282, p.1342.

⁵²⁴ Corinne Gendron, Alain Lapointe et Marie France Turcotte, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée » (2004) 59 :1 Relations industrielles/Industrial Relations, p.73-100; Organisation de coopération pour le développement économique (OCDE), *Responsabilité des entreprises : Initiatives privées et objectifs publics*, Paris, OCDE, 2001; André Sobczak, « La responsabilité sociale de l'entreprise, menace ou opportunité pour le droit du travail? » (2004) 59 : 1 Relations industrielles/Industrial Relations, p26-51.

⁵²⁵ Sur la notion de développement durable, voir Commission européenne, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, *La responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable*, coll Emploi & affaires sociales Relations du travail et mutations industrielles, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2002; Geneviève Ferone, *Le développement durable*, Paris, Éditions d'Organisation, 2001; André Sobczak, « La responsabilité sociale de l'entreprise, menace ou opportunité pour le droit du travail? » *supra* note 524; Jean-Guy Vaillancourt, Corinne Gendron et René Audet, *Développement*

croissance économique considérée comme l'unique vecteur du progrès humain, les externalités négatives générées par la production industrielle vont permettre une autre interprétation de la RSE. C'est ainsi qu'une autre connotation fut accolée au terme développement. Il s'agit du développement durable (DD) qui est défini de manière officielle dans le Rapport Brundtland portant sur l'état de la planète⁵²⁶. Ce rapport est une réponse aux revendications faites par les écologistes et certains scientifiques sur les risques de dégradation de la planète et sur l'insoutenabilité de notre modèle de développement⁵²⁷. Une nouvelle perspective dans la manière d'aborder le développement est ainsi née avec pour corollaire la responsabilité des entreprises multinationales face aux externalités négatives de leurs projets ⁵²⁸.

Les entreprises transnationales constituent les principales contributrices à la dégradation environnementale, que ce soit au niveau local ou planétaire. Pour faire face à cette responsabilité qui leur incombe pleinement, elles vont mettre l'accent sur les programmes volontaires en vue de mettre en œuvre les principes du développement durable. Elles proposent une opérationnalisation du DD qui se retrouve de plus en plus assimilée à l'élaboration d'initiatives volontaires de RSE. Les entreprises vont dès lors s'organiser dans le cadre du *World Business Council for sustainable development (WBCSD)*⁵²⁹ afin de modéliser le rôle qu'elles entendent

durable et responsabilité sociale: de la mobilisation à l'institutionnalisation, Montréal, Presses internationales Polytechnique, 2010; Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), Rapport mondial sur le développement humain, Bruxelles, De Boeck, 2002.

⁵²⁶ Le Rapport Brundtland est le fruit du travail abattu par Mme Gro Harlem Brundtland, Première Ministre de la Norvège et chargée par l'Organisation des Nations Unies (ONU) d'établir un rapport sur l'état de notre planète. Le but était de faire des propositions globales et compatibles à la fois en matière d'environnement et de développement. Voir en ligne, <http://reseauculture21.fr/wp-content/uploads/2012/05/RapportBrundtland.pdf>.

⁵²⁷ Alain Chauveau et Jean-Jacques Rosé, *L'entreprise responsable: développement durable, responsabilité sociale de l'entreprise, éthique*, supra note 543.

⁵²⁸ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 295 à la p 68.

⁵²⁹ Le WBCSD ou Conseil mondial des entreprises pour le développement durable est un organisme regroupant les plus grandes entreprises multinationales qui se définit comme un outil de recherche et de développement au profit

jouer dans la mise en œuvre du développement durable. La RSE deviendra ainsi le moyen selon certains analystes⁵³⁰, par lequel la finalité du développement durable pourrait être atteinte par les sociétés transnationales. Ces dernières vont dès lors chercher à intégrer à leurs activités un volet social et environnemental parce que le développement durable tel qu'il a été défini, nécessite de trouver un équilibre entre trois dimensions à savoir, le développement économique, l'équité sociale et la protection de l'environnement⁵³¹. Que ce soit l'approche américaine ou la perspective européenne, les stratégies de RSE vont avoir comme objectif de concilier les préoccupations environnementales et sociales avec des enjeux économiques. Si la perspective européenne résulte de la consécration du DD, l'approche américaine est issue de pratiques managériales. La particularité des deux conceptions est le fait que l'approche européenne prône une démarche d'encadrement de la RSE. Cette différence va influencer l'appréhension de la RSE voire sa définition.

2- Une difficile appréhension de la RSE par des approches différentes

de ses membres. Il est une association mondiale pilotée par les PDG de quelque 190 entreprises, unis par un engagement commun vis à vis du développement durable. Ses membres proviennent de plus de 30 pays et de 20 secteurs d'activité majeurs. Le WBCSD est un partenaire de haut rang pour des organisations intergouvernementales reconnues. Il est également considéré par les ONG comme étant la voix des entreprises concernant les questions de développement durable. La mission du WBCSD est de guider et d'encourager les entreprises dans leur quête de changements en faveur du développement durable et de soutenir leurs activités, leurs innovations et leur croissance dans un monde de plus en plus influencé par le développement durable. Voir pour plus d'informations, en ligne, http://www.environmenthouse.ch/?q=fr/guide_vert/conseil-mondial-des-entreprises-pour-le-developpement-durable.

⁵³⁰ Stéphane Rousseau et Ivan Tchotourian, *Normativité et responsabilité sociale des entreprises : L'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique*, 2010, consultable en ligne sur Papyrus, Université de Montréal, https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/4832/RSE_SRIT_2010_PAPYRUS.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁵³¹ Alain Chauveau et Jean-Jacques Rosé, *L'entreprise responsable: développement durable, responsabilité sociale de l'entreprise, éthique*, *supra note 543*.

Il n'y a pas encore de consensus quant à la définition de la RSE. Les deux approches américaines et européennes, ont certainement contribué à cette situation alors que les concepts de RSE et de développement durable paraissent assez proches et résultent de la même dynamique inhérente à la remise en cause du modèle de développement économique mis en avant. Certains auteurs font coïncider les deux notions⁵³² même si d'autres continuent à les dissocier⁵³³. D'aucuns tiennent compte du fait que la RSE se résume en l'intégration des préoccupations sociales et environnementales dans les activités commerciales des entreprises. D'autres auteurs pensent que le concept de développement durable nécessite de concilier l'économique, le social et l'environnemental, l'ensemble étant considéré comme un tout intégré et non pas des éléments séparés⁵³⁴. Il peut en être déduit que la RSE se réfère aux modalités de réponse de l'entreprise aux interpellations sociétales en produisant des stratégies et des dispositifs de management, de conduite.

Notre propos ici n'est pas de faire ressortir une distinction entre développement durable et RSE. Que ce soit la RSE ou le développement durable, la littérature pose le même problème quant à la place de l'entreprise dans la société et de l'étendue de sa responsabilité. Stéphane

⁵³² François Guy Trébulle et Odile Uzan, *Responsabilité sociale des entreprises: regards croisés, droit et gestion*, Paris, Economica, 2011; Jean-Pascal Gond, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, supra note 530; Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 295.

⁵³³ François Quairel et Michel Capron, « Le couplage responsabilité sociale de l'entreprise et développement durable : mise en perspective, enjeux et limites », supra note 512.

⁵³⁴ La Commission mondiale sur l'environnement et le développement va dans le même sens puisqu'elle n'a pas hiérarchisé les objectifs économiques, environnementaux et sociaux que les acteurs devraient poursuivre. Elle a affirmé qu'il fallait désormais se tourner vers un développement durable qui répond aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations futures de répondre à leurs besoins. Voir Karounga Diawara et Sophie Lavallée, « La responsabilité sociale de l'entreprise dans l'espace OHADA : pour une ouverture du droit OHADA aux considérations non économiques » dans *L'OHADA au service de l'Économie et de l'entreprise, Efficacité et Compétitivité (1993-2013)* Juta, Afrique du Sud, 2014, p.237.

Rousseau et Ivan Tchotourian⁵³⁵ considèrent la RSE comme une déclinaison ou une traduction du développement durable pour les entreprises qui contribuent à travers la fameuse « *triple bottom line* »⁵³⁶ c'est-à-dire triple résultat ou performance. Pour notre part, la RSE est considérée comme une réponse à la problématique du développement durable et comme une solution au moins partielle, à la régulation de l'entreprise mondialisée. Les deux notions se complètent parce que d'une part, « le cadre conceptuel du développement durable permettrait de cristalliser les assises théoriques et légitimerait davantage le concept de la RSE et une large diffusion de ses pratiques. D'autre part, le DD bénéficierait de la RSE puisqu'en l'absence de droit international régissant les activités de l'entreprise, l'opérationnalisation du concept de développement durable nécessite que l'entreprise se responsabilise davantage par le moyen de pratiques volontaires répondant à des normes issues d'une normalisation privée »⁵³⁷.

Que ce soit en fonction des conceptions nord-américaines ou celles européennes, la RSE demeure une notion difficile à appréhender et dont l'appropriation dépend d'une époque, d'un contexte à un autre. Cela justifierait les nombreuses définitions qui existent en matière de

⁵³⁵ Stéphane Rousseau et Ivan Tchotourian, Normativité et responsabilité sociale des entreprises : L'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique, *supra note 530*; Ivan Tchotourian, La responsabilité sociale des entreprises vue sous l'angle du développement durable ou quand le monde des entreprises change (2009) 13 : 3 *Lex electronica*, en ligne <https://www.lex-electronica.org/articles/vol13/num3/la-responsabilite-sociale-des-entreprises-vue-sous-langle-du-developpement-durable-ou-quand-le-monde-des-entreprises-change/>.

⁵³⁶ Il s'agit du « Profit, Planet and People ». Pour le Profit, on parle de dimension économique : recherche de l'efficacité des dirigeants et de la rentabilité pour l'actionnaire. Pour People, on parle de la dimension sociale c'est-à-dire une prise en charge ou prise en compte des intérêts des acteurs concernés. Pour Planet, il s'agit de la dimension environnementale c'est-à-dire la préservation ou protection des écosystèmes et de la biodiversité. Voir François Guy Trébulle et Odile Uzan, *Responsabilité sociale des entreprises: regards croisés, droit et gestion*, *supra note 556*.

⁵³⁷ Karounga Diawara et Sophie Lavallée, « La responsabilité sociale de l'entreprise dans l'espace OHADA : pour une ouverture du droit OHADA aux considérations non économiques », *supra note 558*, p.237.

RSE⁵³⁸. Quelques-unes retiendront notre attention, notamment, celle de certaines institutions qui s'intéressent particulièrement à la RSE. C'est ainsi que sur le plan institutionnel, la définition de la RSE est également marquée par le sceau de la diversité. La Commission européenne dans son livre vert « promouvoir un cadre européen pour la RSE »⁵³⁹ en 2001, définit la notion de RSE comme « l'intégration volontaire par les entreprises des préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »⁵⁴⁰. En 2011, la Commission européenne a revisité sa définition de la notion de RSE comme étant « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »⁵⁴¹. Elle a le mérite de mettre l'emphase sur la nécessité de sortir du carcan du simple volontariat. Dans la même logique, *The World Business Council for Sustainable Development (WBCSD)* intègre la notion de RSE dans un contexte de développement durable. D'après lui, la RSE est « l'engagement continu des entreprises à agir correctement sur le plan de l'éthique et de contribuer

⁵³⁸ Que ce soit de la part de certaines institutions internationales ou nationales comme l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), du World Business Council for Sustainable Development (WBCSD), du Canadian Business for Social Responsibility (CBSR) ou encore de certains auteurs de doctrine, des définitions ont été proposées. L'OCDE par exemple, considère qu'on s'entend en général pour dire que les entreprises dans une économie globale sont souvent appelées à jouer un plus grand rôle, au-delà de celui de la création d'emplois et de richesses et que « la RSE est la contribution des entreprises au développement de la Durabilité; que le comportement des entreprises doit non seulement assurer des dividendes aux actionnaires, des salaires aux employés et des produits et services aux consommateurs, mais il doit répondre également aux préoccupations et aux valeurs de la Société et de l'environnement ». Voir aussi Jean Claude Javillier, « responsabilité sociétale des entreprises et droit des synergies indispensables pour un développement durable », dans Jean Claude Javillier, *gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales, 2007, p.24; Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Québec, Montréal, éd Thémis, 2008, P.42 et s.

⁵³⁹ Ce document était destiné à amorcer le débat sur le concept de la RSE et à définir les moyens de construire un partenariat permettant l'élaboration d'un cadre européen pour la promotion de cette notion.

⁵⁴⁰ Ivana Rodié, *Responsabilité sociale de l'entreprise- le développement d'un cadre européen*, Genève, 2007, p.12. La Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale de l'entreprise*, Juillet 2001, p.43, donne la définition suivante de la RSE : « être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations applicables mais aussi aller au-delà et investir davantage dans le capital humain, l'environnement et les parties prenantes ».

⁵⁴¹ Commission européenne Communication du 25 Octobre 2011 sur la responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final.

au développement économique, tout en améliorant la qualité de vie de ses employés et de leurs familles, de la collectivité locale et de l'ensemble de la société »⁵⁴².

L'Organisation internationale de normalisation (ISO) qui a produit la norme ISO 26000 intitulée « Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale »⁵⁴³ définit la RSE comme « la responsabilité d'une organisation vis-à-vis de ses impacts ou de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement éthique et transparent qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société; prend en compte les attentes des parties prenantes; respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les normes internationales de comportement; est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations »⁵⁴⁴. L'Organisation Internationale du Travail (OIT) s'est également prêtée à l'exercice de définition de la RSE qui se traduira par « la façon dont les entreprises prennent en considération les effets de leurs activités sur la société et affirment leurs principes et leurs valeurs tant dans l'application de leurs méthodes et procédés internes que dans leur relation avec d'autres acteurs. La RSE est une initiative volontaire dont les entreprises sont le moteur et se rapporte à des activités dont on considère qu'elles vont plus loin que le simple respect de la loi »⁵⁴⁵.

Les auteurs Kathia Martin Chenut et René de Quenaudon définissent la RSE comme « l'appellation académique donnée à une démarche mise en place volontairement par les

⁵⁴² *Ibid.* à la p.12.

⁵⁴³ ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, Novembre 2010; Voir aussi, Philippe Rozec, « La norme ISO 26000 : un nouveau souffle pour la responsabilité sociale des entreprises? », JCP S 2010, 1548.

⁵⁴⁴ Article 2. 18 de la norme ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale; Michel Capron, Françoise Quairel et Marie - France Turcotte. *ISO 26000, « une norme hors norme »? : Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, coll Collection Recherche en gestion, Paris, Economica, 2011.

⁵⁴⁵ Bureau International du Travail (BIT), *Initiative locale sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE)*, GB.295/MNE/2/1, mars 2006.

entreprises, notamment, les plus grandes d'entre elles, les sociétés transnationales, dans le cadre de la mondialisation contemporaine »⁵⁴⁶. Toutes ces définitions dénotent de la complexité de la notion et du champ de la responsabilité sociétale de l'entreprise multinationale qui évolue à l'international dans des sphères différentes.

Dans le contexte minier, la RSE réfère davantage à la réduction de l'asymétrie dans la prise en compte de la performance économique au détriment de la performance environnementale et sociale des entreprises. C'est ainsi qu'une performance intégrée et globale doit prendre en compte à la fois chacune des dimensions économiques, sociales/sociétales et environnementales des projets miniers. La performance intégrée et globale de la RSE se définit par les trois dimensions suivantes :

La dimension environnementale de la RSE : permet de prévenir, de gérer les impacts des activités minières sur l'environnement naturel et humain, les écosystèmes, en prenant des mesures de prévention, de restauration et de réhabilitation des milieux d'accueil des projets miniers;

La dimension sociale et de développement communautaire local de la RSE : constitue un levier pour une meilleure gestion des impacts sociaux. Elle est également une opportunité de développement des compétences, par la formation, l'emploi local, l'amélioration des conditions de vie par le renforcement des services sociaux de base et de développement des moyens d'existence durable pour les communautés locales ainsi que des activités génératrices de revenus. Elle participe à la promotion et au respect des droits humains et sociaux;

La dimension économique : constitue un levier de développement de la performance de l'entreprise dans l'amélioration et le renforcement des économies nationales, régionales et locales. Elle permet à

⁵⁴⁶ Kathia Martin Chenut et René de Quenaudon, *La responsabilité sociale des entreprises saisie par le droit, perspectives interne et internationale*, supra note 527, p.1.

court, moyen et long terme d'engager des fonds au profit d'un développement durable dont les retombées économiques bénéficient à toutes les parties prenantes⁵⁴⁷.

En l'état actuel des définitions de la RSE, que ce soit au niveau doctrinal ou institutionnel, nous sommes d'accord avec Gaétan Marain lorsqu'il affirme que la notion tournerait davantage autour des mots clefs « volontaire » et « au-delà »⁵⁴⁸. En effet, au-delà de la conformité réglementaire, la RSE se résumerait davantage par des pratiques volontaires en vue de réaliser des objectifs sociétaux. Elle représente également la transposition de la notion de développement durable dans l'entreprise par l'évaluation de sa performance. D'après l'auteur de la fameuse expression « *Triple Bottom line* »⁵⁴⁹, l'évaluation de l'entreprise doit se faire non seulement en termes économiques, mais également en termes sociaux et environnementaux⁵⁵⁰. De ce qui précède, il apparaît que la prise en compte des considérations sociales et environnementales est devenue incontournable, notamment, dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles. La question est de savoir, comment les pratiques proprement dites de RSE se traduisent véritablement dans les pays hôtes des investissements. C'est à cette analyse que nous nous prêterons dans le prochain sous paragraphe.

B- Les pratiques de RSE

⁵⁴⁷ Lettre de politique de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) dans le secteur minier, Avril 2017, en ligne <https://www.itie-guinee.org/wp-content/uploads/2018/08/Lettre-de-politique-RSE.pdf>.

⁵⁴⁸ Gaétan Marain, *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, supra note 527.

⁵⁴⁹ Cette fameuse expression provient de John Elkington, cofondateur du premier cabinet de conseil en stratégie de développement durable en 1994. Elle a ensuite fait l'objet d'un livre du même auteur en 1998.

⁵⁵⁰ Florent Pestre, *La responsabilité sociale des entreprises multinationales: stratégies et mise en œuvre*, supra note 545 à la p 26.

Propulsées par les entreprises multinationales en vue de faire face aux revendications sociales et environnementales dont elles font l'objet, les initiatives de RSE se répartissent entre initiatives unilatérales (1) et celles multipartites (2).

1- Des initiatives volontaires unilatérales de RSE

Elles sont unilatérales du fait qu'elles résultent essentiellement des entreprises multinationales elles-mêmes. Ces initiatives dénotent de la volonté des entreprises multinationales de faire face aux impacts sociaux et environnementaux de leurs activités. Parmi les initiatives unilatérales et volontairement mises en œuvre par les entreprises, on retrouve majoritairement les codes de conduite, les communications sur la performance environnementale et sociale⁵⁵¹. Nous nous appesantirons sur les codes de conduite qui représentent les pratiques unilatérales par excellence de RSE adoptées par les grandes entreprises. Comment les codes de conduite sont-ils définis? L'OCDE considère les codes de conduite comme « l'expression volontaire d'un engagement à établir des normes et des principes pour la conduite des affaires »⁵⁵². Ils représentent ainsi des « engagements sociaux ou

⁵⁵¹ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 295 à la p 97. Pour ce qui est de la communication sur la performance environnementale et sociale, on retrouve l'initiative du *Global Reporting*, lancée en 1997, qui promeut un ensemble de principes comptables destinés à fixer les règles nécessaires au *reporting* sociétal des entreprises à destination de leurs diverses parties prenantes. Voir, OCDE, *Responsabilité des entreprises : Initiatives privées et objectifs publics*, Paris, OCDE, 2001; Janelle Diller, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissements? » (1999) 138 : 2 *Revue internationale du travail*, p.107-139, en ligne <http://www.ilo.org/public/french/revue/download/pdf/diller.pdf>. Selon cet auteur, les labels sociaux sont apposés sur les produits, affichés dans les magasins, ou attribués aux entreprises elles-mêmes (généralement des producteurs ou des fabricants), ils renseignent les consommateurs ou les partenaires avec lesquels les entreprises pourraient travailler sur l'aspect social de la production ou de l'activité, c'est-à-dire sur la situation faite aux producteurs ou aux fabricants, aux travailleurs, aux populations locales. Comme les codes de conduite, les programmes de labels sociaux procèdent en principe d'une démarche volontaire répondant à l'attente du marché ». Les labels ou les étiquettes sont des signes visant à distinguer un produit ou un service sur la base de critères particuliers, qu'ils soient écologiques, biologiques ou sociaux. Ils sont fondés soit sur des qualités intrinsèques du produit, soit sur le processus de fabrication et peuvent ainsi être associés à des codes de conduite.

⁵⁵² OCDE, *Responsabilité des entreprises : Initiatives privées et objectifs publics*, Paris, OCDE, 2001;

environnementaux que prend une organisation ou qu'elle impose à ses partenaires »⁵⁵³. Les codes de conduite sont considérés comme des outils privilégiés par les entreprises pour promouvoir leurs responsabilités sociales et environnementales. Ce sont des documents qui énoncent la politique ou les principes que les entreprises s'engagent à suivre⁵⁵⁴. Leur contenu varie selon la nature des activités des entreprises, leur situation économique et leur vulnérabilité face aux attaques dont elles peuvent faire l'objet de la part des ONG⁵⁵⁵. L'environnement, la santé et la sécurité au travail occupent une place primordiale dans les codes de conduite des entreprises transnationales dans le cadre du secteur minier.

L'objectif de ces codes de conduite vise non seulement à compléter les législations minières nationales des États où interviennent les EMN mais également à faire connaître la bonne réputation de ces entreprises qui œuvrent dans la prise en compte des préoccupations d'intérêt général⁵⁵⁶. Si de tels objectifs demeurent louables, il est fréquemment reproché aux codes de conduite le problème de leur mise en œuvre ainsi que la vérification de leur application. En effet, selon Thierry Brugvin, « plus de la moitié des codes de conduite ne semblent pas munis de référentiel qui est un document technique définissant précisément les modalités de contrôle des normes spécifiées dans le code de conduite »⁵⁵⁷. Or, cela représente des critères permettant

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ André Sobczak définit un code de conduite comme « un document écrit par lequel la direction de la société amirale du réseau s'engage à respecter certains droits fondamentaux au travail afin de répondre aux attentes voire aux pressions des différentes parties intéressées par les activités de l'entreprise ». Voir aussi, André Sobczak, « Faire la responsabilité sociale de l'entreprise, menace ou opportunité pour le droit du travail? » (2004) 59 : 1 Relations industrielles/Industrial Relations, p.26-51.

⁵⁵⁵ Reynald Bourque, « Contribution des codes de conduite et des accords-cadres internationaux à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », (2008) 57 : 2 Revue de l'IRE, p.25.

⁵⁵⁶ Janelle Diller, « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissements? » (1999) 138 : 2 Revue internationale du travail, p.107-139, en ligne <http://www.ilo.org/public/french/revue/download/pdf/diller.pdf>.

⁵⁵⁷ Thierry Brugvin, « Les codes de conduite : un instrument à double tranchant » (2002) 359 Économie et humanisme, en ligne <http://thierry.brugvin.over-blog.com/article-7316357.html>.

d'évaluer et d'apprécier l'effectivité des codes de conduite qui ne doivent pas seulement se limiter à un vœu pieux émis par les entreprises. Plus que cela, ils doivent concrétiser les objectifs et les principes mentionnés ainsi qu'être assortis de mécanismes de contrôle. Mais au contraire, l'on assiste à un processus d'auto contrôle interne effectué par les entreprises elles-mêmes et, même si cette autorégulation⁵⁵⁸ implique souvent une vérification externe, elle demeure essentiellement privée. La question de la crédibilité des engagements des entreprises reste à cet effet entière⁵⁵⁹.

L'analyse juridique des codes de conduite met en évidence l'absence d'effets contraignants véritables pour les entreprises qui les ont adoptés. Selon Sobczak, les codes de conduite « sont des engagements unilatéraux fondés sur le droit de réglementation interne de l'entreprise, qui ont une valeur morale, mais ne produisent pas d'effets juridiques »⁵⁶⁰. L'effectivité des codes de conduite est ainsi remise en cause puisqu'elle dépend dans une large mesure de la bonne foi de l'entreprise. Toutefois, certains codes de conduite restent le fruit d'une forte pression sociale sur les entreprises. Ils peuvent s'avérer pertinents quand ils sont associés, pour leur élaboration et leur mise en œuvre, à des initiatives émanant d'acteurs sociaux comme les ONG⁵⁶¹. L'identification des limites des codes de conduite élaborés et adoptés volontairement a ainsi favorisé l'épanouissement de démarches partenariales pour mieux

⁵⁵⁸ L'autorégulation consiste en « l'élaboration et le respect par les acteurs eux-mêmes des règles qu'ils ont formulées et dont ils assurent eux-mêmes l'application ». Voir Bertrand du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004, p.488 et s.

⁵⁵⁹ Reynal Bourque, « Contribution des codes de conduite et des accord-cadres internationaux à la responsabilité sociale de l'entreprise » supra note 581.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ Corinne Gendron, « Codes de conduite et nouveaux mouvements socio-économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation » (2006) 31 : 2 CBCA Complete summer, p.55. Selon cette auteure, « les codes de conduite, même quand ils sont unilatéralement proclamés, ils ne s'inscrivent pas moins dans un dialogue social par lequel se discutent les contours de la légitimité de l'entreprise et le contenu de la responsabilité sociale ».

crédibiliser l'approche des entreprises. C'est ce mouvement qui a impulsé l'émergence des initiatives multipartites⁵⁶².

2- Des initiatives volontaires multipartites de RSE

Les initiatives multipartites se caractérisent par l'implication d'autres catégories d'acteurs auprès des entreprises afin de mettre en place des initiatives qui favoriseront une meilleure performance environnementale et sociale de l'entreprise. L'émergence de nouveaux mouvements socio-économiques selon Corinne Gendron⁵⁶³, a joué un rôle important dans l'aménagement d'un espace de dialogue entre les entreprises et les revendications sociales. Parmi ces initiatives multipartites, la catégorie des accords-cadres internationaux portant sur les conditions de travail⁵⁶⁴ conclus entre les centrales syndicales internationales et les entreprises transnationales peut être citée. Les entreprises se sont ainsi engagées dans des partenariats avec les ONG pour fixer le contenu des normes sociales et environnementales.

Selon Gisèle Belem, les initiatives volontaires multipartites représentent « de nouveaux arrangements institutionnels de co-régulation qui impliquent deux ou plusieurs acteurs pour la définition, la mise en œuvre et la vérification de normes ou d'instruments destinés à améliorer la performance sociale et environnementale des entreprises »⁵⁶⁵. La co-régulation est « un lieu d'échange, de négociation entre les parties prenantes et les titulaires de la contrainte légitime où

⁵⁶² Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du Mali*, supra note 1.

⁵⁶³ Corinne Gendron, « Codes de conduite et nouveaux mouvements socio-économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation » supra note 586, p.62.

⁵⁶⁴ On y retrouve le Global Compact lancé ou Pacte Mondial par l'Organisation des Nations Unies (ONU), la Chambre de commerce international, des organisations patronales et des groupes de la société civile. Cette initiative met en avant la protection environnementale, les droits humains et les conditions de travail. Voir en ligne, <https://www.unglobalcompact.org/languages/french/>.

⁵⁶⁵ *Ibid* à la p 107.

se comparent les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations »⁵⁶⁶. C'est ainsi que les codes de conduite édictés par les entreprises en collaboration avec des ONG ou des syndicats tendent à incorporer le contenu de certaines conventions internationales⁵⁶⁷. Ils reprennent les principes tirés de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les principes fondamentaux sur le droit du travail de l'Organisation internationale du travail (OIT), les principes de la Déclaration de Rio. Cela représente une innovation dans le contenu des codes de conduite. Gendron affirmait que :

« Les codes de conduite peuvent être envisagés comme des manifestations de co-régulation émergente qui tendent à s'institutionnaliser par le biais d'organisations multipartites au sein desquelles sont discutées les exigences de certification sociale et environnementale sur lesquelles veulent s'aligner les entreprises lorsqu'elles édictent leurs codes »⁵⁶⁸.

Ces initiatives illustrent d'une manière générale, « l'intégration d'un contenu substantif ou la mise en place d'un système de concertation duquel devraient émerger les critères permettant d'évaluer la performance sociale et environnementale des entreprises »⁵⁶⁹. La portée régulatrice de ces initiatives multipartites ou leur effectivité va ainsi dépendre directement de leur arrimage aux revendications issues des mouvements sociaux. Les codes de conduite promus de concert avec les acteurs à but non lucratif tels que les groupes de consommateurs, les groupes environnementalistes, les syndicats, ont pour finalité ultime l'orientation de la conduite des entreprises pour mieux les responsabiliser face aux préoccupations d'intérêt général. En

⁵⁶⁶ François Guy Trébulle et Odile Uzan, *Responsabilité sociale des entreprises: regards croisés, droit et gestion*, *supra* note 556 à la p 69.

⁵⁶⁷ Emmanuel Decaux, « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite » (1983) *Annuaire français de droit international*, 1983, p.81-97.

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ Gisèle Belem, « Lutte contre la pauvreté et protection de l'environnement au Mali : quel bilan faire du renouvellement du rôle du groupe de la banque mondiale » *supra* note 302 à la p 108.

revanche, ceux promus par les entreprises multinationales ou les groupes de soutien à l'industrie comme les associations industrielles ou les chambres de commerce ont quant à eux un objectif plus stratégique. Leurs codes portent, soit sur un contenu vague qui les assimile à des déclarations de principes, soit sur un contenu plus spécifié pour lequel le respect de la conformité donne droit à une certification sans que les enjeux primordiaux auxquels ils sont dédiés ne sont souvent pas abordés ou discutés⁵⁷⁰.

De ce qui précède, il apparaît que les initiatives multipartites permettent d'encourager la conformité des entreprises aux exigences sociales et environnementales⁵⁷¹. Elles comportent un potentiel de régulation qui a des atouts prometteurs par rapport aux initiatives unilatérales quant à la protection de l'intérêt général. Cela dit, les initiatives de RSE, qu'elles soient unilatérales ou multipartites, demeurent des normes volontaires avec une portée juridique limitée, cela n'empêche pas la pertinence de telles pratiques. En effet, si elles arrivent à être véritablement effectives, les normes de RSE détiennent un important potentiel de régulation. Leur analyse dans le contexte international permettrait de mieux apprécier les potentialités de telles initiatives par rapport à la protection de l'intérêt général.

Paragraphe 2 : Le développement des normes internationales de RSE

L'objectif de ce paragraphe vise à faire état du foisonnement de normes internationales en matière de RSE. En se focalisant sur trois d'entre elles, l'analyse nous permettra d'apprécier

⁵⁷⁰ Emmanuel Champion et Corinne Gendron, « La responsabilité sociale corporative en débat et en pratique, codes de conduite, normes, certifications », (2003) 16 Cahiers de la CRSDD, Montréal École des sciences de la gestion, UQAM, p.51.

⁵⁷¹ Thomas Berns, Pierre-François Docquir, Benoit Frydland, Ludovic Hennebel et Gregory Kewkowicz, *Responsabilité des entreprises et co-régulation*, Bruxelles, Buylant, 2007; Jacques Igalens, « la co-régulation en matière de responsabilité sociale des entreprises à travers l'analyse de la nouvelle stratégie de l'Union Européenne pour la période 2011-2014 », *Dans* Corinne Gendron et Bernard Girard, *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, Armand Colin/Recherches, Paris, 2013.

le développement de ces normes internationales de RSE. En effet, les normes internationales de RSE applicables aux entreprises transnationales demeurent principalement non contraignantes. C'est ainsi que certaines organisations internationales se sont fixées comme objectif d'intervenir dans l'encadrement des activités des entreprises multinationales. Il s'agit de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)⁵⁷², de l'Organisation internationale du travail (OIT)⁵⁷³ ainsi que les Nations Unies⁵⁷⁴ qui ont adopté des normes de responsabilité sociale des entreprises. En ce qui concerne les Nations

⁵⁷² L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) est née en 1961 en remplacement de l'Organisation européenne de coopération économique (OECE) qui avait été instituée dans le cadre du plan Marshall. L'OCDE regroupe 30 pays partageant les principes de l'économie de marché, de la démocratie pluraliste et du respect des droits de l'homme. L'OCDE a pour ambition de constituer un forum visant à procéder à des échanges de vues, à élaborer et à améliorer les politiques de ses pays membres et de ses partenaires. Ses activités portent notamment sur les questions économiques, l'élaboration de statistiques, l'environnement, le développement, la gestion publique, le commerce international, les affaires financières et fiscales des entreprises, la science, la technologie et l'industrie, la politique sociale et l'agriculture et portent également sur la coopération avec les États-non membres. Voir Marie Caroline Caillet et Gora Ngom, « les entreprises transnationales et leur responsabilité sociétale », Sherpa, 2013, p.35, en ligne <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/Fiche-OIF-2010.pdf>.

⁵⁷³ L'Organisation internationale du travail (OIT) a été fondée en 1919 en vue de poursuivre une vision basée sur le principe qu'il ne saurait y avoir de paix universelle et durable sans un traitement décent des travailleurs. L'OIT est devenue la première agence spécialisée des Nations Unies en 1946. L'OIT a pour principaux objectifs de promouvoir les droits au travail, d'encourager la création d'emplois décents, de développer la protection sociale et de renforcer le dialogue social dans le domaine du travail. L'OIT œuvre à la mise en place d'un travail décent à travers le monde. Elle adopte des conventions internationales que ses États-membres ratifient et transposent dans leurs droits internes. La particularité principale de cette organisation réside dans son fonctionnement tripartite rassemblant représentants de gouvernements, de salariés et d'employeurs, réunis au sein de la Conférence Internationale du travail. Les normes issues de ce processus tripartite peuvent être des conventions internationales ou des recommandations. Voir Marie Caroline Caillet et Gora Ngom, « Les entreprises transnationales et leur responsabilité sociétale », Sherpa, 2013, p.27, en ligne <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/Fiche-OIF-2010.pdf>. Voir également en ligne, <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--fr/index.htm>.

⁵⁷⁴ L'expression « Nations Unies », suggérée par le Président des États-Unis, Franklin D. Roosevelt, fut utilisée pour la première fois dans la Déclaration des Nations Unies du 1er janvier 1942, pendant la seconde guerre mondiale. Le Système des Nations Unies, qui est aussi souvent appelé officieusement la « famille des Nations Unies », est composé de l'Organisation des Nations Unies et de nombreux programmes, fonds et agences spécialisées. Chacune de ces entités a sa propre direction, son propre budget et ses propres États Membres. Les programmes et fonds sont financés par des contributions volontaires plutôt que statutaires. Les agences spécialisées sont quant à elles des organisations indépendantes financées par des contributions volontaires et statutaires. L'Organisation des Nations Unies est une organisation internationale fondée en 1945. Aujourd'hui, elle compte 193 États Membres. La mission et le travail des Nations Unies sont guidés par les objectifs et principes énoncés par sa Charte fondatrice. Voir en ligne, <http://www.un.org/fr/about-un/index.html>.

Unies, après quelques tentatives pour définir les obligations des entreprises, ils ont d'abord élaboré le Pacte mondial ou *Global Compact*, à l'initiative du Secrétaire Général Koffi Annan vers les années 2000⁵⁷⁵. C'est par la suite que le Conseil des droits de l'homme a décidé de nommer un expert indépendant, le Professeur John Ruggie comme Représentant Spécial du Secrétaire Général des Nations Unies. Son mandat consistait à clarifier les normes de droits de l'homme applicables aux entreprises et à faire des recommandations aux parties prenantes. John Ruggie a mis fin à ses travaux en juin 2011 avec la formulation des principes directeurs, qui ont été précédés par la formulation et l'acceptation d'un cadre politique et conceptuel dénommé « Protéger, respecter et réparer »⁵⁷⁶.

Notre analyse portera sur ces trois instruments de régulation des entreprises multinationales. Nous ne nous appesantirons pas sur les normes de l'Organisation internationale du travail (OIT)⁵⁷⁷ au regard du fait qu'elles se focalisent davantage sur l'aspect social (les intérêts des employés dans une entreprise) de la RSE.

A- Les instruments normatifs internationaux de régulation de la RSE

Il s'agira principalement des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (1) et des deux instruments adoptés au sein des Nations Unies (2).

I- Les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)

⁵⁷⁵ https://www.unido.org/sites/default/files/2010-11/GC_Brochure_French_0.PDF, consulté le 11 mars 2017.

⁵⁷⁶ Carlos Lopez, « La responsabilité sociale et environnementale des entreprises multinationales exploitant des ressources naturelles » dans Mihaela Ailincăi et Sabine Lavorel, *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 2013.

⁵⁷⁷ Isabelle Duplessis, « La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux : une nouvelle forme de régulation efficace? » (2004) *Relations Industrielles/Industrial Relations*, 2004.

Les principes directeurs de l'organisation de coopération et de développement économique (OCDE) sont des recommandations formulées par les gouvernements à l'attention des entreprises multinationales opérant dans ou à partir de pays membres.

Ainsi, une Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales a été adoptée en juin 1976 comportant différents instruments dont, les « Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales », le « traitement national », les « obligations contradictoires » et enfin les « stimulants et obstacles à l'investissement international ». Le premier instrument définit les devoirs des entreprises multinationales vis-à-vis de l'État hôte, c'est-à-dire les droits de l'État territorial vis-à-vis des entreprises multinationales. Le deuxième instrument (traitement national) est relatif aux droits des entreprises multinationales vis-à-vis de l'État d'accueil ou encore les devoirs de l'État territorial vis-à-vis de l'entreprise multinationale. Le troisième instrument requiert des pays adhérents d'éviter ou d'atténuer les obligations contradictoires qui sont imposées aux entreprises multinationales par les gouvernements des différents pays. Quant au quatrième, les stimulants et obstacles à l'investissement international déterminent les stimulants et les obstacles à l'investissement, de manière à encourager l'investissement international⁵⁷⁸, pour ce qui est des premiers et à éliminer les barrières s'agissant du second.

De ces quatre instruments, les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales retiendront notre attention du fait de leurs rapports étroits avec la RSE. Il s'agira dès lors pour nous de comprendre ce que recouvrent les Principes directeurs de l'OCDE? Quelle est leur portée juridique? De prime abord, il faudrait noter que les Principes directeurs

⁵⁷⁸ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, supra note 8.

fournissent des normes et des principes de droit souple pour une conduite responsable des entreprises multinationales dans des domaines concernant l'éthique de l'entreprise, les relations de travail, les droits de l'homme, l'environnement, la divulgation d'informations, les intérêts des consommateurs, la science et la technologie, la concurrence ainsi que la fiscalité⁵⁷⁹. Ces principes et normes non contraignantes visent à « favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement admises »⁵⁸⁰. Il en résulte que les Principes directeurs de l'OCDE (PDOCDE) ne créent pas d'obligations juridiques pour les entreprises, fussent-elles des sociétés transnationales. Les recommandations contenues dans les PDOCDE ont une portée juridique limitée, excluant la possibilité de sanctionner leur violation par un juge. Les PDOCDE visent à promouvoir une contribution plus positive des entreprises au progrès économique, tout en tenant compte des préoccupations sociales et environnementales⁵⁸¹. Leur finalité principale est de renforcer le pouvoir de réglementation des États hôtes des investissements qui subissent les effets de la toute-puissance des entreprises multinationales. Avec les PDOCDE, les activités

⁵⁷⁹ Organisation de Coopération pour le Développement Économique (OCDE), *Les principes directeurs de l'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales*, OCDE, 2011, en ligne <http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/48004355.pdf>. Voir aussi, Luigi Vincent, *Droits de l'homme, principes éthiques et industrie pétrolière*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, 2013; Fatouros Arghyrios, *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation*, Paris, OCDE, 1999; Geoffrey Hamilton, *Les entreprises multinationales : effets et limites des codes de conduite internationaux*, Les Dossiers de l'Institut de recherche et d'information sur les multinationales, Genève, Paris, PUF, 1984.

⁵⁸⁰ Kathia Martin Chenut et René de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit*, perspective interne et internationale, supra note 570, p.608.

⁵⁸¹ Fatouros Arghyrios, *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation*, supra note 579; Geoffrey Hamilton, *Les entreprises multinationales : effets et limites des codes de conduite internationaux*, supra note 607.

des entreprises multinationales sont censées s'exercer en harmonie avec les politiques des gouvernements d'accueil de l'IDE⁵⁸².

Par rapport à leur contenu, les PDOCDE comportent une première partie contenant onze chapitres⁵⁸³ avec des thématiques allant des droits de l'homme à l'environnement ou à la protection des consommateurs, en passant par la lutte contre la corruption. Dans le cadre des droits de l'homme, les PDOCDE stipulent que « les États ont le devoir de protéger les droits de l'homme et les entreprises, quels que soient leur taille, secteur d'activité, contexte opérationnel, structure de propriété et organisation, doivent les respecter partout où elles exercent leurs activités. Le respect des droits de l'homme est la norme mondiale de conduite attendue des entreprises, indépendamment de la capacité et/ou de la volonté des États de satisfaire à leurs obligations en la matière, et ne saurait atténuer ces obligations »⁵⁸⁴. Les principes directeurs recommandent aux entreprises d'exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Ce processus implique d'évaluer les incidences réelles et potentielles sur les droits de l'homme, d'intégrer les résultats, d'engager des actions correspondantes et de faire connaître les mesures prises pour parer aux incidences⁵⁸⁵. Sur le plan environnemental, les entreprises multinationales doivent mener leurs activités d'une manière qui contribue au développement

⁵⁸² Rainer Gainer, « Instruments internationaux de responsabilité de l'entreprise : le rôle de l'OCDE », *Dans* Isabelle Daugareilh, *La responsabilité sociale de l'entreprise et la globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

⁵⁸³ I- Concepts et principes; II- Principes généraux; III- Publication d'informations; IV- Droits de l'homme; V- Emploi et relations professionnelles; VI- Environnement; VII- Lutte contre la corruption, la sollicitation de pots de vin et d'autres formes d'extorsion; VIII- Intérêts des consommateurs; IX- Science et technologie; X- Concurrence; XI- Fiscalité.

⁵⁸⁴ Rainer Gainer, « Instruments internationaux de responsabilité de l'entreprise : le rôle de l'OCDE » supra note 607.

⁵⁸⁵ Yann Queinnec, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises transnationales - Un statut juridique en mutation post – face » de Mireille Delmas Marty, Association Sherpa, 2007.

durable, en mettant en place un système de gestion environnementale adapté⁵⁸⁶ et en évaluant lors de la prise de décision, les effets prévisibles sur l'environnement, la santé et la sécurité publiques⁵⁸⁷. Il faudrait souligner que le volet de la protection de l'environnement des PDOCDE s'inspire des principes et objectifs énoncés dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁵⁸⁸, la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information⁵⁸⁹, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

La seconde partie des PDOCDE porte sur les procédures de mise en œuvre de ces principes qui comprend trois sous-parties⁵⁹⁰. Il faudrait noter que les PDOCDE ont subi une

⁵⁸⁶ Dans le contexte des Principes directeurs, l'expression « système de gestion environnementale adapté » doit être interprétée très largement, en couvrant les activités de l'entreprise qui visent à maîtriser l'impact direct et indirect à long terme sur l'environnement et la gestion des ressources. Un système de gestion environnementale offre le cadre interne nécessaire pour contrôler l'impact environnemental d'une entreprise et pour intégrer les considérations environnementales dans ses activités. La mise en place d'un tel système devrait contribuer à rassurer les actionnaires, les salariés et la communauté, de la volonté de l'entreprise de préserver l'environnement de l'impact de ses activités. Voir OCDE, *les principes directeurs de l'organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales*, OCDE, 2011, p. 52-53.

⁵⁸⁷ Les évaluations environnementales effectuées par les entreprises peuvent mesurer, dans une optique large et prospective, l'impact potentiel de leurs activités et de celles de leurs sous-traitants et fournisseurs, en prenant en compte les effets pertinents et en examinant d'autres options telles que des mesures d'atténuation afin d'éviter les effets négatifs ou d'y remédier.

⁵⁸⁸ Voir Sommet Planète Terre, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 Juin 1992, en ligne <http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163&l=fr>.

⁵⁸⁹ Adoptée le 25 juin 1998 par la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-NU), la convention est entrée en vigueur le 30 octobre 2001. Cette Convention a été rédigée dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-ONU), en application du Principe 10 de la Déclaration de Rio en 1992. La Convention d'Aarhus s'articule autour de trois volets (les trois piliers de la Convention) : développer l'accès du public à l'information détenue par les autorités publiques, favoriser la participation du public à la prise des décisions liées à l'environnement, étendre les conditions d'accès à la justice. Ces dispositions sont en cours d'intégration dans les législations européenne et nationale, ce qui devrait conduire à une évolution progressive des procédures et des pratiques en la matière. Voir en ligne, <http://www.ird.fr/informatique-scientifique/documents/legislation/aarhus.pdf>.

⁵⁹⁰ La première sous partie est intitulée Décision du Conseil sur les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales et comporte trois chapitres : I - Points de contact nationaux; II- Le comité de l'investissement; III- Réexamen de la décision. La deuxième sous partie a pour titre Lignes directrices de procédure, et est formée de deux chapitres : I- Points de contact nationaux; II- Comité de l'investissement. La troisième sous-partie est intitulée Commentaire sur les procédures de mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, comportant deux chapitres : I- Commentaire sur les lignes directrices de procédure pour les points de contact nationaux; II- Commentaire sur les lignes directrices de procédure pour le Comité de l'investissement.

réforme en 2011⁵⁹¹ dans le cadre d'un important mouvement de sensibilisation de la communauté internationale aux enjeux de RSE, notamment, en matière de droits humains. Parmi les modifications apportées aux PDOCDE, on pourrait souligner la présence d'un nouveau chapitre IV sur les droits de l'homme, inspiré des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme⁵⁹². Des lignes directrices de procédure destinées à consolider le rôle des points de contact nationaux (PCN) pour en améliorer les performances constituent une autre innovation de la réforme des PDOCDE. Quant à la mise en œuvre des PDOCDE, elle relève de deux structures : l'une de niveau central, le Comité de l'investissement et l'autre, de niveau national, les points de contact nationaux⁵⁹³.

Les PDOCDE sont ainsi considérés comme un standard international de régulation des entreprises transnationales⁵⁹⁴ ne s'adressant pourtant pas directement à ces dernières. Ce sont les États membres de l'OCDE ainsi que ceux qui, bien que non-membres⁵⁹⁵, ont adhéré à la Déclaration sur l'investissement, qui ont la mission de faire connaître les Principes aux entreprises et de les inciter à les mettre en œuvre⁵⁹⁶. Tandis que les instruments adoptés par les Nations Unies se caractérisent par le fait qu'ils s'adressent directement aux entreprises⁵⁹⁷.

2- Les instruments adoptés par les Nations Unies

⁵⁹¹ Lors de la réunion ministérielle du 50^e anniversaire de l'OCDE.

⁵⁹² Voir Kathia Martin Chenut, René de Quenaudon, « La RSE saisie par le droit : généalogie d'une recherche juridique sur la RSE » et Katia Martin Chenut, « Panorama en droit international des droits de l'homme », *Dans La RSE saisie par le droit, perspective interne et internationale*, Paris, A. Pedone, 2016.

⁵⁹³ Kathia Martin Chenut, René de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit, perspective interne et internationale*, supra note 527.

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ Argentine, Brésil, Colombie, Costa Rica, Égypte, Jordanie, Lettonie, Lituanie, Maroc, Pérou, Roumanie et Tunisie.

⁵⁹⁶ Kathia Martin Chenut, René de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit, perspective interne et internationale*, supra note 527.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p.31

Ils sont au nombre de deux, à savoir le pacte mondial des Nations Unies (a), adopté vers les années 2000 et les principes relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme des Nations Unies (b).

a) Le Pacte mondial des Nations Unies

Le Pacte mondial des Nations Unies est un partenariat entre l’Organisation des Nations Unies (ONU), les organisations non gouvernementales et les acteurs économiques privés dans le but de donner un visage humain à la mondialisation. L’idée de proposer aux entreprises, lors du Forum économique de Davos, d’adhérer volontairement et de s’engager dans la mise en œuvre de quelques principes fondamentaux, est lancée en 1999⁵⁹⁸. Le Pacte mondial constitue un instrument juridique destiné à faire de l’entreprise multinationale une entreprise citoyenne, soucieuse du bien-être des populations. C’est un mécanisme par lequel les entreprises multinationales s’engagent à respecter des principes tirés de la Déclaration universelle des droits de l’homme⁵⁹⁹, de la Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail⁶⁰⁰, de la Déclaration de Rio sur l’environnement et le développement et enfin de la Convention des Nations Unies contre la Corruption⁶⁰¹. Le Pacte mondial vise l’alignement des activités et stratégies des entreprises sur dix (10) principes universellement reconnus.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ Déclaration universelle des droits de l’homme, voir <http://www.un.org/fr/documents/udhr/>.

⁶⁰⁰ <http://www.ilo.org/declaration/lang--fr/index.htm>.

⁶⁰¹ L’Assemblée générale des Nations Unies a reconnu qu’il serait souhaitable d’élaborer un instrument juridique international efficace contre la corruption, indépendant de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Par sa résolution 58/4 du 31 octobre 2003, l’Assemblée générale a adopté la Convention approuvée par le Comité spécial. Conformément à l’article 68 (1) de la résolution 58/4, la Convention des Nations Unies contre la corruption est entrée en vigueur le 14 décembre 2005. Une Conférence des États parties est instituée pour examiner l’application de la Convention et faciliter les activités menées en vertu de la Convention. Voir en ligne, <http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CAC/>.

Les dix principes du Pacte mondial se regroupent en quatre grandes catégories : droits de l'homme, droit du travail, environnement et lutte contre la corruption. S'agissant des droits de l'homme, les entreprises sont invitées à promouvoir et à préserver le respect du droit international en la matière et à ne pas se rendre complices d'aucune violation⁶⁰². En ce qui concerne le droit du travail, les entreprises sont invitées à reconnaître la liberté d'association et le droit à la négociation collective, à éliminer toutes les formes de travail forcé ou clandestin et à abolir le travail des enfants ainsi qu'à éliminer toute discrimination dans l'emploi⁶⁰³. Quant à la protection de l'environnement, le Pacte mondial invite ses adhérents à appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant l'environnement; à entreprendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement; et à favoriser la mise au point et la diffusion de technologies respectueuses de l'environnement⁶⁰⁴. Les mesures visant ainsi la protection de l'environnement dans le cadre du Pacte mondial sont issues de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adopté en juin 1992. Le principe sept (7) du pacte mondial qui a trait aux mesures de précaution reprend le principe quinze (15) de la Déclaration de Rio. Le principe huit (8) est tiré du chapitre trente (30) de l'Agenda vingt un (21), texte adopté lors du sommet de Rio en 1992.

L'Agenda vingt un (21) affirme que « les entreprises commerciales et industrielles, y compris les sociétés transnationales, devraient veiller à assurer la gestion rationnelle et

⁶⁰² Les principes 1 et 2 du Pacte mondial disposent que :

- 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.

⁶⁰³ Voir les principes 3 à 6.

⁶⁰⁴ Voir les principes 7 à 9 du Pacte Mondial.

rigoureuse des produits et des procédés dans un souci de protection de la santé, de la sécurité et du respect de l'environnement. À cette fin, elles devraient faire une plus large place à l'autoréglementation, en s'appuyant sur des codes, des chartes et des initiatives appropriées touchant tous les éléments de la planification et des décisions commerciales et favorisant l'ouverture et le dialogue avec les employés et le public »⁶⁰⁵. Il s'agit donc de bonnes pratiques indiquées aux entreprises afin d'intégrer les préoccupations environnementales dans leurs stratégies. Il ressort du survol des dix principes promus par le Pacte mondial que le Pacte mondial demeure un instrument de *soft law* où l'adhésion des entreprises reste volontaire. L'avantage du Pacte est qu'il s'adresse directement aux entreprises et engage non seulement l'entreprise multinationale en tant que telle mais également ses dirigeants⁶⁰⁶. Lorsqu'elle adhère au Pacte mondial, l'entreprise proclame publiquement son attachement aux valeurs et aux principes universels promus par le Pacte. L'entreprise s'engage à prendre des mesures pour modifier la manière dont elle opère afin que le Pacte mondial et ses principes s'intègrent à son mode d'administration, à sa stratégie, et à ses activités quotidiennes.

L'entreprise multinationale est également appelée à décrire dans son Rapport annuel ou autres rapports, un bilan de ses actions du point de vue du développement durable et y expliquer la démarche suivie pour appliquer les recommandations assignées par le Pacte mondial et ses principes⁶⁰⁷. En rejoignant le Pacte mondial, l'entreprise s'engage à rédiger une Communication

⁶⁰⁵ René de Quenaudon, « Pacte mondial et procédure d'exclusion », dans Kathia Martin et Chenut René de Quenaudon La RSE saisie par le droit, perspective interne et internationale, *supra note* 527, p. 331- 346.

⁶⁰⁶ En s'engageant, le directeur général signale à tout le personnel et aux autres parties prenantes que la priorité de l'entreprise est d'être une entreprise citoyenne, et dans son mode de fonctionnement et dans sa stratégie. L'engagement de toute l'entreprise, à commencer par ses cadres dirigeants, peut ainsi avoir une influence certaine sur l'application du Pacte Mondial. Voir <https://www.unglobalcompact.org/languages/french/>.

⁶⁰⁷ Luigi Vincent, *Droits de l'homme, principes éthiques et industrie pétrolière*, *supra note* 607, p.54.

sur le progrès (COP) dans un délai d'un an après la date d'adhésion. Ensuite, chaque année l'entreprise peut la mettre en ligne sur le site du Pacte mondial de l'ONU pour partager son expérience⁶⁰⁸. La récompense pour l'organisation communicante est de pouvoir apposer sur ses documents le logo du Pacte mondial en y inscrivant, nous soutenons le Pacte mondial⁶⁰⁹. En cas de manquement à la soumission de la COP dans le délai imparti, l'entreprise sera considérée comme inactive et rayée de la liste des participants au Pacte mondial⁶¹⁰. Il faudrait noter que cela ne l'empêche pas de réintégrer par la suite le Pacte mondial, ce qui interpelle sur l'efficacité de la mise en œuvre du Pacte. Le Pacte apparaît ainsi comme un simple instrument de promotion et de vulgarisation de la réputation des entreprises qui se conforment à ses principes aux yeux de l'opinion publique. Les principes des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme vont plus loin dans leur démarche d'encadrement des activités des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme. Ils constituent un standard international uniquement dédié aux droits de l'homme bien que leur force contraignante reste relative.

b) Les Principes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises

Les Nations Unies se sont toujours intéressées à la question de la responsabilité des entreprises multinationales au regard de l'existence de nombreuses violations en matière de

⁶⁰⁸ Pour plus d'informations sur la COP, voir Kathia Martin Chenut et René de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit, perspective interne et internationale*, supra note 527, p.344.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ En 2003, le Bureau du Pacte Mondial a introduit une nouvelle disposition relative aux communications sur le progrès. Voir en ligne https://www.unglobalcompact.org/Languages/french/communication_progres.html.

droits de l'homme. Une première tentative vers les années 1990 visant l'élaboration du projet de code de conduite des sociétés transnationales des Nations Unies n'a pas été couronnée de succès pour ne pas parler d'échec.⁶¹¹ Par la suite, le projet de normes de responsabilité des Nations unies en matière de droits de l'homme à l'intention des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales des Nations unies adopté par la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme en 2003, a été rejeté par la Commission des droits de l'homme en 2004⁶¹². C'est par la suite que le mandat du représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises a été créé en 2005 pour poser les jalons d'un cadre plus constructif et adéquat en matière de responsabilité des entreprises transnationales. Ses travaux ont donné lieu à deux réalisations importantes : l'approbation à l'unanimité au sein du Conseil des droits de l'homme en juin 2008 du cadre politique et conceptuel et l'ensemble des principes pour la mise en œuvre du dit cadre⁶¹³.

Les principes directeurs énoncent clairement que les entreprises devraient respecter tous les droits de l'homme internationalement reconnus par la Déclaration universelle des droits de l'homme, les pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que la Déclaration de l'OIT relative aux principes et

⁶¹¹ Le projet de code de conduite des sociétés transnationales des Nations unies (dernière version, UN Doc E/1990/94, du 12 juin 1990) imposait aux entreprises de respecter les objectifs de développement de leur pays d'accueil, d'appliquer le droit en vigueur dans ce pays ainsi que les droits de l'homme et de garantir la protection des consommateurs et de l'environnement.

⁶¹² Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, *Mise en œuvre du cadre de référence, protéger, respecter et réparer des Nations Unies*, Haut-Commissariat des Nations Unies, New York et Genève, 2011, en ligne https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf.

⁶¹³ Questions courantes sur les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Haut-commissariat des Nations Unies, New York et Genève, 2014, en ligne https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQ_PrinciplesBusinessHR_FR.pdf.

droits fondamentaux au travail. Organisés en trois piliers, les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises reconnaissent :

- les obligations existantes qui incombent aux États, de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits de l'homme lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte à ces droits (premier pilier: obligation de protéger les droits de l'homme incombant à l'État);
- la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme (deuxième pilier: responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme); et
- la nécessité d'un accès à des voies de recours, tant judiciaires que non judiciaires, afin de garantir que les droits et les obligations s'accompagnent de voies de recours appropriée et efficaces en cas de violation (troisième pilier: accès à des voies de recours).

Les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises avaient pour objectif de mettre en rapport des normes déjà existantes issues d'une part, du droit international et d'autre part, de la responsabilité éthique et morale des entreprises. Ils ont constitué le premier cadre de référence mondial, applicable tant aux États qu'aux entreprises, pour faire face à l'incidence des entreprises sur les droits de l'homme. En effet, le deuxième pilier des principes directeurs a l'avantage de s'adresser directement aux entreprises, ce qui représente une valeur ajoutée considérable. « 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 ». Ce deuxième pilier met également en avant le principe de la « diligence raisonnable » en tant que principe opérationnel que les entreprises doivent mettre en place pour démontrer

qu'elles respectent les droits de l'homme⁶¹⁴. Le principe directeur dans son article 17 prévoit que la diligence raisonnable :

- devrait viser les incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales;
- sera plus ou moins complexe suivant la taille de l'entreprise commerciale, le risque qu'elle présente de graves incidences sur les droits de l'homme, et la nature et le cadre de ses activités.
- Devrait s'exercer en permanence, étant donné que les risques en matière de droits de l'homme peuvent changer à terme, au fur et à mesure de l'évolution des activités et du cadre de fonctionnement de l'entreprise commerciale.

Par diligence raisonnable, il faudrait comprendre « l'adoption de principes et d'une politique à l'intérieur de l'entreprise, leur application et leur suivi, mais aussi une procédure d'internalisation et d'apprentissage ainsi que de communication vers l'extérieur »⁶¹⁵. La notion de diligence raisonnable résulte d'un processus de précaution et de prévention que les entreprises sont invitées à adopter. A cet égard, John Ruggie affirmait qu'« afin de s'acquitter de leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme, les entreprises doivent mettre en place des politiques et des procédures en rapport avec leur taille et leurs particularités, y compris :

- a) l'engagement politique de s'acquitter de leur responsabilité en matière de respect des droits de l'homme;

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ Carlos Lopez, *La responsabilité sociale et environnementale des entreprises multinationales exploitant des ressources naturelles*, supra note 576.

b) une procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient;

c) des procédures permettant de remédier à toutes les incidences négatives sur les droits de l'homme qu'elles peuvent avoir ou auxquelles elles contribuent »⁶¹⁶.

Les principes directeurs des Nations Unies en tant qu'instrument de promotion des droits de l'homme aussi bien auprès des États que des entreprises, ont connu un grand succès. De nombreuses initiatives de portée mondiale, régionale voire nationale ont intégré ces principes directeurs dans leur corpus juridique, notamment, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. L'Union européenne par sa Communication de 2011 sur la RSE a également encouragé ses États membres à intégrer les principes directeurs dans leur droit national⁶¹⁷. En dépit de ce succès, « la mise en place de mécanismes efficaces de contrôle et de sanctions demeure un défi dans la mise en œuvre des principes directeurs au niveau mondial »⁶¹⁸. Le caractère volontaire et leur force juridique limitée constituent le point commun aux trois instruments étudiés. Les instruments normatifs internationaux souffrent ainsi d'un problème d'effectivité.

B - Les instruments normatifs internationaux, un problème d'effectivité

Les instruments normatifs internationaux (PDOUDE, Pacte mondial et Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme) posent des

⁶¹⁶ Principe 15 des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

⁶¹⁷ La Commission européenne a initié la procédure législative qui a abouti en 2014 à l'adoption de la directive relative à la publication d'informations extra financières et à la modification des directives sur les marchés publics.

⁶¹⁸ Étude sur la mise en œuvre des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Parlement européen, Département Générale des politiques externes de l'Union, Union européenne, Février 2017.

difficultés quant à leur mise en œuvre en raison de leur portée juridique limitée. Ils constituent des standards internationaux de droit souple mis en place pour inciter les entreprises à adopter une conduite éthique et responsable en matière de protection des droits de l'homme. Au-delà du volontarisme qui les caractérise, ces instruments ont pu instituer des mécanismes permettant leur mise en œuvre pour assurer le suivi de leurs activités. Dans le cadre des principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable quant à la mise en œuvre des principes. Elles doivent ainsi élaborer et formuler un engagement de principe en matière de droits de l'homme et l'incorporer dans leurs stratégies par le biais de certaines orientations. La diligence raisonnable en matière de droit de l'homme doit permettre : d'évaluer les atteintes effectives et potentielles de l'entreprise aux droits de l'homme; d'intégrer les résultats de ces évaluations dans la prise de décisions et prendre les mesures pour y remédier; surveiller l'efficacité dont fait preuve l'entreprise pour gérer ses impacts; communiquer aux parties prenantes la façon dont elle gère ses impacts⁶¹⁹. Les principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises prévoient que les entreprises doivent aider à réparer tout impact négatif qu'elles causent ou contribuent à causer.

C'est sur la base du manquement à la mise en œuvre de la diligence raisonnable que les entreprises vont violer les principes directeurs. Cette violation n'engage pas directement leur responsabilité juridique, elle le sera uniquement si les lois nationales de l'État hôte incorporent une telle violation. Outre leur portée juridique limitée, il faudrait noter que les mesures de

⁶¹⁹ Guide d'utilisation des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme dans la recherche et le plaidoyer pour les entreprises, un guide pour les organisations de la société civile, SOMO, CEDHA, Novembre 2012.

précaution mise en avant par la notion de diligence raisonnable sont dérisoires par rapport aux coûts que représentent une violation des droits l'homme dans l'État hôte, en l'occurrence dans les zones minières.

Avec la mise à jour des PDOCDE en 2011 qui intègre un chapitre sur les droits de l'homme en conformité avec le cadre de référence « protéger, respecter et réparer » et les principes directeurs relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises, une violation du PDOCDE peut impliquer celle des principes directeurs relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises. Le mécanisme de résolution des différends mis en œuvre dans le cadre des PDOCDE repose sur le dépôt de plaintes contre les entreprises pour des violations présumées du PDOCDE auprès de points de contact nationaux (PCN). Les PCN sont chargés de promouvoir les PDOCDE et de traiter les plaintes portant sur des cas spécifiques de manquement aux PDOCDE. Les États adhérents à la Déclaration sur l'investissement, donc aux PDOCDE, ont l'obligation de mettre en place un PCN dont la mission est, entre autres, d'apprécier les allégations de non-conformité aux PDOCDE des activités menées par des entreprises dans les États adhérents ou à partir de ces États⁶²⁰.

Pour le PCN, « il est de la responsabilité de l'entreprise de mettre en place des mesures de diligence permettant de prendre en compte les risques d'incidences négatives tout au long de la chaîne d'approvisionnement ayant un lien direct avec celle de ses relations d'affaires »⁶²¹. Sont en relation d'affaires avec l'entreprise, ses partenaires commerciaux, les agents de sa chaîne d'approvisionnement, d'autres acteurs non publics et des agents de l'État directement liés à ses activités commerciales, biens ou services⁶²². Quant au concept de diligence raisonnable, l'OCDE l'appréhenderait comme « un processus de gestion des risques découlant de ses activités et de celles des entreprises composant sa chaîne d'approvisionnement et au-delà sa sphère d'influence ». C'est quand l'entreprise ne fait pas preuve d'une diligence raisonnable que des

violations aux PDOCDE surgissent. Il s'agirait de non-conformité selon l'OCDE qui donnera ainsi aux victimes, aux ONG, à des consommateurs, à des organisations internationales, l'opportunité d'introduire devant le PCN une plainte contre l'entreprise ayant méconnu les PDOCDE. Celle-ci prendra la forme d'une circonstance spécifique⁶²³.

⁶²⁰ René de Quenauon, « Pacte mondial et procédure d'exclusion », *supra note 634*, p .611.

⁶²¹ *Ibid.* Voir aussi, Fatouros Arghyrios, *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation*, *supra note 579*.

⁶²² *Ibid.* p.614.

La procédure de plainte portant sur un cas spécifique est axée sur la recherche de solutions entre les parties par le biais de la médiation. Si la médiation réussit, les PCN vont faire une publication prenant la forme d'un rapport qui va faire état des accords conclus. Si la médiation échoue, les PCN peuvent faire un communiqué pour indiquer les éventuelles violations des PDOCDE et formuler des recommandations visant à faire respecter les PDOCDE. Les PCN contribuent ainsi à prévenir ou à pallier certains impacts sociétaux néfastes des activités des entreprises. Néanmoins, le caractère non contraignant d'un tel dispositif constitue une grande faiblesse. Dans son Rapport sur les quinze (15) ans d'activités des PCN, l'OCDE *Watch* a conclu que parmi les nombreuses plaintes apportées devant les PCN, seulement quelques-unes ont abouti à de réelles mesures de réparation pour les victimes. L'objectif du point de contact ne vise pas à incriminer ni à sanctionner, mais à dégager une recommandation pour les parties en litige. La portée juridique limitée d'une norme ne l'empêche pas d'être effective. Or, non seulement, les PDOCDE demeurent de la *soft law* mais également, la procédure devant les PCN n'est également pas efficace et nuit à leur effectivité dans la mesure où elle est confinée au rôle de recommandations. Les PCN disposent de moyens limités pour contraindre les entreprises qui ne respectent pas les PDOCDE⁶²⁴.

⁶²³ *Ibid*

Ces mêmes lacunes caractérisent la mise en œuvre du Pacte mondial qui ne recourt qu'à une procédure d'exclusion lorsque l'adhérent ne respecte pas ses obligations de communication sur le progrès (COP) ou lorsque sa COP ne respecte pas les conditions posées par le Pacte. En effet, l'entreprise ou l'adhérent se verrait qualifié de non communicant. Si l'adhérent reste non communicant pendant un an, il pourrait être expulsé du Pacte mondial; l'exclusion constituant ainsi la sanction pour les entreprises réticentes. Une des faiblesses du Pacte Mondial concernerait le fait que l'exclusion soit la sanction de l'absence de COP ou d'une COP qui ne respecterait pas les conditions prescrites. Peu importe que l'adhérent viole gravement les dix (10) principes du Pacte⁶²⁵. L'exclu peut réintégrer le Pacte à son bon vouloir et quand il le souhaite même si par ailleurs, l'entreprise est l'auteur de graves violations du Pacte. Selon René de Quenaudon, « il manquerait ainsi au Pacte, un organe de contrôle permettant de vérifier ce que fait l'entreprise, mais également de permettre à une victime de recourir contre un adhérent qui viole le Pacte »⁶²⁶.

L'analyse des instruments normatifs internationaux en matière de RSE a révélé qu'au-delà de leur portée juridique limitée, l'effectivité de telles normes est un véritable défi pour les victimes de violations de droits humains. Ces normes de RSE demeurent toutefois utiles dans un contexte de mondialisation des investissements internationaux pour servir de rempart, au

⁶²⁴ Yann Queinnec et Marie Caroline Caillet, « Outils juridiques pour une régulation efficace des activités des sociétés transnationales » Dans Isabelle Daugareilh, la responsabilité sociale de l'entreprise et la globalisation de l'économie, Bruxelles, Bruylant, 2010.

⁶²⁵ *Ibid*, p.346.

⁶²⁶ *Ibid*.

moins partiellement à la toute-puissance des entreprises multinationales. En attendant de véritables règles impératives et contraignantes pour la responsabilité des entreprises, il faudrait reconnaître aux instruments juridiques de RSE leur rôle de promotion des préoccupations d'intérêt général et de prise de conscience qu'ils ont suscité auprès de l'opinion publique. Dans le contexte de l'industrie extractive, ils complètent bien souvent, dans les pays en voie de développement, les législations minières nationales pour la prise en compte de l'intérêt général. Cela est particulièrement notable dans le cadre de l'exploitation minière au Mali, où les normes internationales de RSE, comportent quelquefois, des dispositions qui tiennent mieux compte des enjeux environnementaux et sociaux que les codes miniers.

Section 2 : La mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises dans le secteur minier malien

Les initiatives de RSE dans le secteur minier au Mali permettent de combler les insuffisances des législations minières dont certaines dispositions ne se présentent pas souvent en adéquation avec les pratiques internationales environnementales et sociales. En effet, les entreprises minières se conformaient aux politiques de sauvegarde de la Banque mondiale en matière de réinstallation involontaire des populations lorsqu'il n'existait aucune disposition en la matière dans le code minier au Mali. D'autre part, c'est à la suite des initiatives de développement communautaire mises en œuvre par les entreprises minières au Mali à partir des années 1990 que le code minier de 2012 a intégré un chapitre sur le développement communautaire. Ces différentes illustrations font apparaître la nécessité de la RSE dans le cadre de l'exploitation minière au Mali (A). Cette nécessité n'occulte cependant pas les difficultés relatives à la mise en œuvre de telles initiatives de RSE au Mali dont les pouvoirs publics peinent à jouer efficacement

les missions de contrôle et de vérification sur le terrain des engagements souscrits par les entreprises minières. Ces difficultés sont liées entre autres aux faiblesses d'une politique d'investissement axée essentiellement sur les normes de RSE (B)

Paragraphe 1 : La nécessité de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) au Mali

L'appropriation des pratiques de RSE dans l'industrie minière au Mali (A) nous permettra de mettre en relief le rôle central qu'occupe le développement communautaire dans le contexte de l'exploitation minière malienne (B).

A- Appropriation des pratiques de RSE dans l'exploitation minière malienne

Les pratiques de RSE dans le secteur minier revêtent les mêmes formes que celles énoncées ci haut, en termes d'initiatives unilatérales et multipartites. Les initiatives volontaires unilatérales adoptées par les entreprises multinationales dans le secteur minier se résument pour la plupart en la publication de divers rapports sur les préoccupations environnementales et sociales et en l'adoption de codes de conduite⁶²⁷. Ces initiatives volontaires unilatérales sont plus fréquentes dans le domaine de la protection de l'environnement comparativement au secteur dont la prise en charge est plus récente⁶²⁸. L'adoption de systèmes de gestion environnementale et de procédures de minimalisation des impacts environnementaux illustrent principalement ces initiatives volontaires unilatérales en matière environnementale. Elles ont « l'avantage de mettre en place une démarche préventive avec un programme de gestion environnementale associé à une stratégie réactive de gestion au cas par cas, face à des

⁶²⁷ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI, supra note 1.*

⁶²⁸ *Ibid.*

problèmes environnementaux importants ou urgents »⁶²⁹. S'agissant des préoccupations sociales, les stratégies de RSE se limitent dans les pays en voie de développement, à mettre en place des relations de bon voisinage avec les communautés locales en développant des projets de développement.

Quant aux initiatives multipartites dans l'industrie minière, elles sont nombreuses et regroupent pour leur élaboration des organisations internationales, des entreprises multinationales et des ONG. A titre d'illustration, *International Council on Mining and Metals* (ICMM) est une initiative ayant mis en place une charte de développement durable⁶³⁰. Il s'agit du *Sustainable Development Framework*, un ensemble de principes volontaires auquel les entreprises ou associations minières peuvent se référer directement pour l'élaboration de leurs propres codes de conduite⁶³¹. Les principes adoptés par le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) relèvent également d'une initiative volontaire multipartite ayant pour mission d'améliorer la performance environnementale des entreprises minières⁶³².

⁶²⁹ *Ibid.*, à la p 150.

⁶³⁰ <https://www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/minicmmstat.pdf>, consulté le 04 février 2017.

⁶³¹ Le Conseil International des Mines et Métaux (ICMM) est une organisation industrielle dirigée par des chefs d'entreprises, qui se penche sur les grandes priorités et les nouveaux enjeux de l'industrie des mines et des métaux en matière de développement durable. Créé en 2001, il résulte du projet mining, minerals and sustainable development, une initiative de recherche multipartite qui a examiné le rôle de l'exploitation minière dans le contexte du développement durable. Cette initiative a reconnu la contribution potentielle de l'industrie minière. L'ICMM joue un rôle dominant en faisant la promotion des pratiques exemplaires et de l'amélioration du rendement des entreprises. Les sociétés membres de l'ICMM comme AngloGold Ashanti s'engagent à améliorer leurs performances en matière de développement durable et sont tenues de déclarer leur progrès dans un rapport annuel. L'ICMM favorise également l'uniformisation des démarches et pratiques de l'industrie par l'entremise de ses sociétés et associations membres. Il a pour vision de faire en sorte que l'industrie des mines et des métaux soit vastement reconnue à la fois comme une industrie essentielle à la société et comme un contributeur de premier plan au développement durable. ICMM s'est donné une double mission : faire valoir le rôle que jouent ses membres à titre de leaders de l'industrie et contribuer à rehausser les normes de rendement dans l'ensemble de l'industrie. Voir en ligne pour plus de détails, <http://www.icmm.com/languages/french>, consulté le 08 mars 2017.

⁶³² Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) est une organisation dépendante de l'organisation des nations unies, créé en 1972, ayant pour but de : coordonner les activités des nations unies dans le domaine de l'environnement, assister les pays dans la mise en œuvre des politiques environnementales. Il a pour mission d'encourager la coopération pour protéger l'environnement en inspirant, en informant et en permettant aux

C'est dans le même cadre que l'initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE) peut être citée. Elle est une norme mondiale visant à promouvoir une gestion ouverte et responsable des ressources extractives. Cette norme a pour ambition de répondre aux principaux enjeux de gouvernance des secteurs pétrolier, gazier et minier. Elle exige la publication d'informations sur les étapes clés de la gouvernance des revenus pétroliers, gaziers et miniers (contrats et licences, la production, la collecte des revenus, l'attribution des revenus, les dépenses sociales et économiques), depuis le point d'extraction des ressources naturelles, jusqu'à la manière dont les revenus parviennent au gouvernement et dont ils profitent aux populations⁶³³. L'ITIE apporte aux États, aux entreprises et à la société civile, les avantages de la transparence en comparant les sommes versées telles que communiquées par les entreprises et les sommes reçues telles qu'indiquées par les pouvoirs publics⁶³⁴.

En marge de ces initiatives multipartites, celles des Institutions Financières Internationales (IFI), intitulées politiques de sauvegarde, peuvent également être retenues dans le cadre des initiatives multipartites dans l'industrie minière. Elles s'appliquent aux opérations d'assistance technique financées par la Banque mondiale et aux fonds qu'elle administre⁶³⁵. Elles ont comme objectif de contribuer à l'amélioration des enjeux de développement dans les projets et programmes financés par la Banque Mondiale, en aidant à éviter ou atténuer les méfaits des activités minières sur les populations et l'environnement. En se focalisant ainsi sur une plus grande imputabilité des projets, les politiques de sauvegarde ont pour objet l'évaluation environnementale⁶³⁶, la protection des habitats naturels⁶³⁷, les déplacements involontaires de populations⁶³⁸, la protection des populations autochtones⁶³⁹, du patrimoine culturel⁶⁴⁰. Comme toute démarche volontaire, les politiques de sauvegarde des institutions de *Brettons Woods* ont une portée juridique limitée. Bien plus, elles souffrent de leur incomplétude dans la mesure où elles ne couvrent pas toutes les problématiques liées aux revendications des parties prenantes des projets

miniers⁶⁴¹.

En ce qui concerne les pratiques de RSE dans le secteur extractif malien de manière spécifique, elles combinent les initiatives volontaires unilatérales à celles multipartites. Les entreprises minières intervenant ainsi au Mali ont pour la plupart leurs codes de conduite⁶⁴² dont l'objectif vise à respecter les normes internationales et nationales en matière d'IDE dans le secteur minier sur le territoire malien. S'agissant des initiatives multipartites, elles se résument essentiellement aux politiques de sauvegarde adoptées par les IFI dans le cadre de l'exploitation minière malienne. Qu'elles soient unilatérales ou multipartites, les stratégies de RSE au Mali visent à combler les lacunes qui pourraient se présenter sur le plan environnemental (1) et sur le plan social (2) dans les législations minières au Mali.

nations et aux peuples d'améliorer leur qualité de vie sans compromettre celle des générations futures. Le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) est la voix des Nations unies en matière d'écologie. Voir en ligne, http://www.dictionnaire-environnement.com/programme_des_nations_unies_pour_environnement_pnue_ID336.html, consulté le 12 avril 2017. Voir également sur le site officiel du site, <http://www.unep.org/french/>, consulté le 13 avril 2017.

⁶³³ La norme ITIE comprend deux parties. La première partie traite de la mise en œuvre de la norme et la deuxième de la gouvernance et de la gestion internationales de l'ITIE. Voir <https://eiti.org/sites/default/files/documents/Implementing-the-eiti-FRE.pdf>, consulté le 18 mai 2017.

⁶³⁴ Harvard Halland, Martin Lokan et Arvin Nair, *Le secteur des industries extractives, Points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes des finances publiques et des responsables politiques*, supra note 442.

⁶³⁵ Politiques de sauvegarde de la Banque Mondiale, Projet d'examen et de mise à jour, Document de cadrage, Octobre 2012, en ligne <https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/safeguardsreviewapproachfrench.pdf>, consulté le 23 mai 2017.

⁶³⁶ Politique de sauvegarde OP 4.01 Évaluation environnementale. Avant chaque investissement, la Banque mondiale procède à une évaluation environnementale afin de déterminer si le projet en question a besoin d'autres politiques de sauvegarde. Les projets sont classés par la Banque en quatre catégories (A, B, C et D) en fonction de leurs types, lieu, vulnérabilité et échelle, ainsi que de la nature et de l'importance de leur impact environnemental potentiel. Voir Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 1 à la p 141.

⁶³⁷ Politique de sauvegarde environnementale OP 4. 04 Habitats naturels.

⁶³⁸ Politique de sauvegarde OP 4. 12 Réinstallation forcée.

⁶³⁹ Politique de sauvegarde OP 4. 10 Populations autochtones.

⁶⁴⁰ Politique de sauvegarde OP 4. 11 Patrimoine physique et culturel.

⁶⁴¹ Politiques de sauvegarde de la Banque Mondiale, Projet d'examen et de mise à jour, Document de cadrage, Octobre 2012, en ligne <https://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/safeguardsreviewapproachfrench.pdf>.

⁶⁴² La société Anglogold Ashanti, intervenant au Mali, dispose d'un code de conduite. Voir en ligne, <http://www.anglogoldashanti.com/en/Pages/default.aspx>.

1- Sur le plan environnemental

Les initiatives volontaires unilatérales et multipartites intervenant dans le contexte minier malien sont nombreuses. Les engagements volontaires unilatéraux se caractérisent par l'élaboration de politiques environnementales et la mise en place de systèmes de gestion environnementale par les entreprises minières. Par exemple, AngloGold Ashanti⁶⁴³ recommande à ses filiales d'élaborer des politiques appropriées pour la prise en compte des impacts environnementaux de leurs activités au Mali. L'essentiel des lignes directrices adoptées par AngloGold Ashanti se focalise sur les opérations minières de ses filiales dans la réalisation d'une étude d'impact environnemental, d'un système de gestion environnementale reconnu, de la communication de la politique environnementale et de sa mise en œuvre, de l'implication des employés dans la gestion environnementale et des mesures de fermeture incorporées au projet⁶⁴⁴. Quant à la politique de Randgold⁶⁴⁵, en matière environnementale, elle constitue une déclaration de principes comportant des engagements relatifs au respect de l'environnement, à

⁶⁴³ AngloGold Ashanti, société opératrice dans plusieurs mines d'or au Mali, a pour slogan de produire l'or en toute sécurité et de manière profitable. « Nous nous efforçons d'établir des partenariats avec les communautés locales, en respectant leur environnement, leurs traditions et leurs valeurs. Nous voulons que les communautés se portent mieux du fait de la présence d'Anglogold Ashanti », Informations fournies par le 1^{er} forum africain sur la responsabilité sociale des entreprises des organisations patronales de l'Afrique Centrale, de l'Afrique du Nord et de l'Afrique de l'Ouest, membres de la Confédération Panafricaine des employeurs (CPE) et de l'organisation Internationale des employeurs (OIE). L'entreprise affirme s'aligner sur les normes ISO 14001 en matière d'environnement ainsi que sur les normes environnementales de la Banque mondiale applicables à l'industrie extractive pour les mines à ciel ouvert.

⁶⁴⁴ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI* supra note 1 à la p 303.

⁶⁴⁵ Société opératrice de trois mines d'or au Mali : Loulo, Gounkoto et Morila. Voir en ligne pour plus de détails, <http://www.randgoldresources.com/what-we-do#>, consulté le 10 novembre 2017.

l'utilisation optimale des ressources et à la fourniture d'un environnement sain et sûr à ses travailleurs.

S'agissant des initiatives multipartites, la Banque mondiale et la Société Financière Internationale (SFI) ont adopté des normes et politiques qui s'appliquent aux grands projets dans lesquels elles interviennent au Mali. C'est ainsi qu'une Directive de la SFI concernant le projet de Sadiola a été adoptée et vise la compensation pour la perturbation environnementale. Elle fait l'objet de la Directive OPN 11. 02 dénommée *Offset/Compensation requirement for natural habitat disturbance*. Elle promeut la conservation des espèces animales et plantes en danger de disparition, les habitats critiques et les zones protégées⁶⁴⁶. Ces initiatives volontaires multipartites complètent les dispositions minières nationales maliennes ou encore comblent le vide juridique qui en découle. Les initiatives multipartites ont certes l'avantage de renforcer la conformité des entreprises et d'élargir l'agenda de la RSE; mais elles ne couvrent pas tous les aspects qui sont liés à la protection de l'environnement et de la prise en compte des intérêts des communautés locales dans l'exploitation minière. À cet effet, la gestion environnementale à long terme reste une dimension imparfaitement couverte par les exigences de la SFI et de la Banque mondiale⁶⁴⁷ dans le secteur minier au Mali.

⁶⁴⁶ Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI* supra note 1 à la p 299. La SFI dispose d'autres politiques de sauvegarde pour les dimensions environnementales. Il s'agit notamment des habitats naturels (OP4.04), des forêts (PO 4.36) et des voies navigables internationales (OP7.50). Ces dernières ne s'appliquent pas entièrement aux projets dont il est question.

⁶⁴⁷ Le cas de la Mine de Syama qui a été fermée en 2001 avec des installations laissées à l'abandon, notamment le lac de boue à l'air libre constitue une parfaite illustration du préjudice environnemental provoqué par une mine sur le long terme. C'est ainsi que d'importantes études ont mis en relief les graves dommages environnementaux commis, à titre illustratif, la contamination des eaux souterraines par les écoulements du bassin de boue mal construit ainsi que les nombreuses fuites d'huile et de pétrole. Voir Oxfam America, *Un héritage entaché: une analyse sociale et environnementale de la mine d'or de Syama au Mali*, 2004; voir aussi, Robert Moran, «Tamished Legacy : a social and environmental analysis of Mali's Syama Goldmine », Février 2004.

2- Sur le plan social

Les stratégies volontaires de RSE sur le plan social associent pratiques unilatérales et celles multipartites. Ces dernières sont majoritairement représentées par les Directives de la Banque mondiale. C'est ainsi que la politique opérationnelle P. O. 4.30 sur les déplacements de populations⁶⁴⁸ s'intéresse à la relocalisation involontaire des personnes déplacées et à leur réinstallation. Dans la même lancée, la SFI préconise la mise en place par les promoteurs miniers d'un plan d'information et de consultation publique (*Public consultation and disclosure plan*) qui permet de formaliser la transmission de l'information aux communautés affectées par le projet ainsi qu'aux autres acteurs, de manière à ce que leurs préoccupations soient intégrées dans la gestion du projet⁶⁴⁹. La Banque Mondiale a également adopté dans le cas de la mine d'or de Sadiola, la Politique Opérationnelle P.O. 4.12 sur la réinstallation involontaire qui a été appliquée, lorsqu'il s'est agi de faire déplacer les populations des villages de Sadiola et de Farabakouta. Cette politique de la Banque mondiale se résume en trois points :

- Éviter, dans la mesure du possible, la réinstallation involontaire en étudiant toutes les alternatives réalisables dans la conception du projet;
- En cas de déplacement inévitable de populations, les activités de réinstallation devront être conçues et exécutées sous la forme de programmes de développement procurant aux personnes déplacées par le projet suffisamment de moyens d'investissement pour leur permettre de bénéficier des avantages du projet. Les populations déplacées devront être consultées de manière

⁶⁴⁸ La Directive O. D. 4.30 est relative à la relocalisation involontaire (problème du déplacement involontaire) et à la réinstallation des personnes victimes des projets miniers. Voir Société Financière internationale (SFI), Manuel d'élaboration des plans d'action de réinstallation, en ligne http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/be4488804885579bbd0cff6a6515bb18/French_RH.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=be4488804885579bbd0cff6a6515bb18.

⁶⁴⁹ Voir Directive O. P. 17.50 afférente à la politique de diffusion de l'information, en ligne <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/RequestFrenchversion.pdf>, consulté le 05 janvier 2018.

constructive et avoir la possibilité de participer à la planification et à la mise en œuvre des programmes de réinstallation;

- Les personnes déplacées devront être aidées dans leurs efforts d'amélioration ou, du moins, de rétablissement de leurs moyens d'existence et de leur niveau de vie, ceux-ci étant considérés, en termes réels, aux niveaux qui prévalaient au moment de la phase précédant le déplacement ou celle de la mise en œuvre du projet, selon la formule la plus avantageuse⁶⁵⁰.

Au-delà des initiatives multipartites sur le plan social, les initiatives unilatérales ont consisté essentiellement en des projets de développement communautaire au service des communautés locales. Ce point fera l'objet de développement dans le cadre du prochain sous paragraphe. De ce qui précède, il ressort que les pratiques de RSE au Mali visent à compléter les dispositions minières nationales maliennes ainsi qu'à combler le vide juridique qui pourrait exister. Bien plus, elles ont également suscité une certaine prise de conscience auprès des communautés locales qui perçoivent les actions des entreprises minières comme de véritables opportunités de satisfaction de leurs besoins (eau potable, éducation, soins de santé). Cela a tendance à créer une profusion d'attentes sans que les entreprises minières soient capables de les combler. En effet, l'exploitation minière au Mali se pratique principalement dans des zones reculées, où l'intervention des politiques publiques demeure déficitaire. Dans un tel contexte, le développement communautaire est devenu une question centrale de RSE dans l'exploitation minière malienne.

B- Le développement communautaire, une question centrale de RSE au Mali

⁶⁵⁰ Groupe d'étude et de recherche en sociologie du droit appliqué (GERSDA), *La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises au MALI*, Rapport d'enquête préliminaire, Bamako, Septembre 2013, p.10.

Le développement communautaire et même local constitue un enjeu majeur dans l'exploitation minière au Mali voire en Afrique. Il symbolise le nœud de la problématique posée par la RSE dans le contexte minier malien. En ce sens, les communautés locales développent une attitude attentiste vis-à-vis des entreprises minières, du fait que leurs préoccupations sont quelque peu minimisées ou banalisées par l'État. Les communautés rurales maliennes sont majoritairement analphabètes et cherchent à combler les carences de l'État en ce qui concerne la satisfaction de leurs besoins primaires⁶⁵¹. L'arrivée des multinationales constitue la plus grande opportunité de développement communautaire voire local qui leur est proposée jusqu'à date. L'exploitation minière prenant place dans un tel contexte, elle nécessite bien évidemment de mettre en avant le développement économique, mais également le développement communautaire des populations.

Les communautés locales des projets miniers constituent elles aussi une partie prenante au processus minier. Au Mali, les substances minérales appartiennent à l'État en vertu de l'article 4 du code minier de 2012. De ce fait, les communautés locales demeurent concernées. C'est à ce titre que l'article 38 de la loi 96-050 dispose que: « le domaine minier des collectivités locales au Mali comprend les zones d'exploitation relatives aux carrières artisanales; les zones d'exploitation relatives aux mines artisanales; les zones d'exploitation relatives aux substances minérales ayant fait l'objet de concession minière de la part de l'État »⁶⁵². Les collectivités

⁶⁵¹ Ousmane Oumarou Sidibé, *La responsabilité sociale des entreprises en Afrique : le cas du secteur minier au Mali*, dans Isabelle Daugareilh, *Responsabilité sociale de l'entreprise et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2011. Voir aussi, Rolland Blandine. « De la responsabilité sociale de l'entreprise à la responsabilité juridique : l'exemple de la démarche environnementale » dans *Responsabilité sociale de l'entreprise : pour un nouveau contrat social*, Jean - Jacques Rosé, de Boeck, 2006.

⁶⁵² Loi 96-050/AN-RM du 27 Septembre 1996 portant Principes de constitution et de gestion du domaine des collectivités territoriales. Voir aussi, http://www.pact-mali.org/images/Mine_carriere/Guides/2011_GRN_GCMC_exploitation_mines_carrieres_CT.pdf.

locales détiennent ainsi une certaine part dans l'exploitation minière au Mali au titre de divers impôts et taxes qu'elles en retirent. La répartition des impôts et taxes entre les trois niveaux de collectivités (région, cercle et commune) est fixée par la Loi N° 00-44 du 17 juillet 2000 portant détermination des ressources fiscales des communes, des cercles et des régions. Le montant de la contribution des patentes perçues sur les entreprises industrielles est réparti comme suit : 60% pour la commune, 25% pour le cercle et 15% pour la région⁶⁵³. Les sommes recouvertes sont directement versées au Trésor public pour le compte des collectivités bénéficiaires. S'il apparaît que les collectivités locales reçoivent une partie des montants des patentes, celles-ci sont un impôt local non spécifique aux mines. Cela est d'autant plus important qu'il est difficile de savoir ce qu'il advient du montant versé par les mines aux collectivités locales. En effet, au nom des principes budgétaires et de la non-affectation d'une recette à une dépense, ce montant n'est pas affecté à une dépense spécifique et est utilisé pour couvrir diverses dépenses de la collectivité en question.

Une étude menée dans le cadre de l'impact du secteur minier malien sur les régions, a révélé des incidences minoritaires de l'exploitation minière sur le développement local des collectivités⁶⁵⁴. Dès lors, les stratégies de RSE ont été perçues comme une voie parallèle en vue d'assurer la prise en charge des besoins socioéconomiques des communautés locales. Des programmes de développement ont ainsi été mis en place par les entreprises minières dans le but de faciliter l'acceptabilité sociale des projets miniers. La question de la RSE, bien

⁶⁵³ La Loi N°00-044 du 17 Juillet 2000 portant détermination des ressources fiscales des Communes, Cercles et Régions.

⁶⁵⁴ François Lenfant et Sarr Massaran Traoré, *La montagne a accouché d'une souris, impact socio-économique de l'activité minière dans la région de Kayes au Mali*, International Alert et Giz Mali, Octobre 2015, p.23; voir aussi, Amadou Keita Moussa Doumbo et Kader Traoré, *supra* note 136; Groupe d'étude et de recherche en sociologie du droit appliqué (GERSDA), *La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises au Mali*, Rapport d'enquête préliminaire, Bamako, Mali, 2013.

qu'émergente, devient ainsi incontournable grâce aux programmes de développement communautaire mis en place au profit des communautés locales. La majorité des programmes de développement communautaire se réalise par le biais des actions de résolution ponctuelle des problèmes locaux, en termes de réhabilitation de mosquées, de construction d'écoles, de réalisation d'infrastructures rurales. D'autre part, une minorité de projets de développement initient de véritables partenariats avec les communautés locales pour construire des projets durables et pérennes⁶⁵⁵. Le montant investi par les entreprises minières en termes de projets de développement dépasse bien souvent les ressources fiscales collectées par les collectivités locales concernées⁶⁵⁶.

C'est au regard de la place capitale que prennent les initiatives volontaires en termes de développement communautaire en faveur des communautés riveraines que les autorités publiques lui ont donné un caractère obligatoire. Aux termes de l'article 150 du code minier de 2012, « tout postulant à un permis d'exploitation ou à une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu de fournir un plan de développement communautaire »⁶⁵⁷. Ce plan de développement communautaire, est censé regrouper les différents projets que l'entreprise minière de concert avec les communautés locales elles-mêmes, va mettre en place. Il devrait également mettre en avant les incidences négatives des activités minières potentielles et à venir sur les populations locales du projet minier. De telles obligations à la charge des entreprises minières au Mali constituent une véritable innovation. De surcroît, elles dénotent d'une approche inclusive et participative dans la mesure où le plan de développement communautaire

⁶⁵⁵ Se référer au prochain paragraphe pour le plan d'action pour le développement intégré (PADI).

⁶⁵⁶ Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE), Publiez ce que vous payez, *Document de plaidoyer pour une transparence dans l'industrie minière, Synthèse Rapport ITIE-MALI pour l'année 2013*, Août 2016.

⁶⁵⁷ Article 150 de la loi N°12-015 portant Code minier de 2012 du Mali.

est élaboré en concertation avec les communautés ainsi que les autorités locales et régionales. Le plan est bien entendu produit par la société minière et doit être actualisé tous les deux ans. Les modalités de la concertation pour l'élaboration du plan entre communautés locales, collectivités territoriales et les représentants des sociétés minières sont définies par un acte réglementaire⁶⁵⁸.

Un Comité technique de développement communautaire et local (CTDCL) a été mis en place comme organe de contrôle afin d'assurer la mise en œuvre du plan de développement communautaire. Ce Comité est composé des représentants des communautés locales ainsi que des élus locaux, des représentants de l'administration chargée des mines et de la société titulaire du titre d'exploitation. Il est d'ailleurs tenu de fournir au ministre des Mines un rapport périodique faisant état de l'exécution du plan de développement communautaire⁶⁵⁹. L'obligation juridique de développement communautaire apparaît ainsi comme une véritable avancée dans le contexte de l'exploitation minière au Mali. Les initiatives de développement communautaire relevaient de la bonne volonté des entreprises minières au Mali avant d'être codifiées par le code minier de 2012. Du volontariat est née une règle impérative pour encadrer les stratégies de RSE sur le plan du développement communautaire dans l'exploitation minière au Mali. Cette innovation engendre certaines conséquences en termes d'opérationnalisation, d'effectivité voire d'efficacité. Pour cela, les pouvoirs publics ont un rôle à jouer qui, très souvent fait défaut dans le contexte malien.

⁶⁵⁸ Amadou KEITA, « Responsabilité sociale des entreprises minières et développement communautaire dans les zones minières au MALI, du volontariat à l'obligation juridique, une perspective du terrain, *supra note 60*.

⁶⁵⁹ Article 153 de la loi N°12-015 du 27 février portant Code minier de 2012.

Paragraphe 2 : Les faiblesses d'une politique d'investissement fondée sur la RSE au Mali

Il est important de souligner qu'il ressort largement de la littérature que les faiblesses d'une politique d'investissement fondée uniquement sur la RSE portent davantage sur leur portée juridique limitée et les difficultés liées à leur mise en œuvre. Les initiatives de RSE au Mali consacrent les mêmes lacunes (A) dont l'analyse nous permettra de mettre en exergue la nécessité de leur encadrement ou d'une meilleure intervention des pouvoirs publics (B).

A – Une portée juridique limitée couplée à un problème d'effectivité

A l'instar des standards internationaux, les stratégies de RSE souffrent de leur portée juridique limitée couplée à un problème d'effectivité dans le cadre de l'exploitation minière au Mali. C'est la question de l'effectivité qui nous interpelle davantage dans le contexte malien du fait de la quasi absence de l'État sur le terrain pour assurer le suivi des engagements pris par les entreprises minières. Le développement communautaire qui fait l'objet d'une obligation juridique depuis l'adoption du code minier de 2012, et tel que défini par ce code, n'est pas en adéquation avec les projets de développement mis en place par les entreprises minières. Le développement communautaire est défini par le code minier malien (2012) comme « un ensemble de politiques et d'actions visant d'une part, à améliorer les conditions de vie des populations et d'autre part, à promouvoir des mutations positives dans les structures économiques, consécutives à la création de richesses au sein des populations riveraines des mines »⁶⁶⁰. De cette définition, il peut en être déduit que les projets de développement

⁶⁶⁰ Loi N°2012-015 du 27 Février portant Code minier du Mali.

communautaire doivent constituer de véritables opportunités de développement pour les communautés bénéficiaires.

Or, les pratiques de RSE dans le domaine du développement communautaire dans les zones minières se limitent majoritairement en une prise en charge des services sociaux de base. Celles-ci se traduisent par la construction de digues, de mosquées, de centres de santé ou de quelques salles de classe ou d'écoles ainsi que la distribution de quelques dons. Cette prise en charge, loin de créer des conditions génératrices de revenus, maintient les communautés locales dans une situation de dépendance vis-à-vis des sociétés d'exploitation minière. Elle ne permet pas non plus la mise en œuvre de véritables opportunités de développement au profit des populations locales. Il faudrait noter que la majorité des interventions des entreprises minières dans les zones minières en Afrique se résume par cette prise en charge de services sociaux ainsi que la création de fondations philanthropiques permettant la fourniture de divers services. Cependant, c'est la mise en place de fondations partenariales ou tripartites qui se présentent comme de véritables agents de développement. Elles impliquent aussi bien les acteurs corporatifs, que les différents paliers gouvernementaux sans oublier les organisations de la société civile ainsi que les communautés locales elles-mêmes. Elles se focalisent sur la mise en place de réels projets de développement sur le long terme avec une harmonisation des plans nationaux de développement et des initiatives corporatives⁶⁶¹.

Si la forme des fondations partenariales était adoptée au Mali, elle permettrait une meilleure participation des communautés locales qui doivent être mises au cœur des enjeux de développement économique. Le Plan d'action pour le développement intégré (PADI) constitue

⁶⁶¹ S. A. Carter, *Mining companies as Agents of development? Corporate Social Responsibility, Participation and Local Community at Mining projects*, Thèse de doctorat, Université de Bath, 1999.

une forme isolée de fondation partenariale au Mali, mis en place par la mine de Sadiola. Le PADI place effectivement les communautés locales concernées au centre de leur développement. Il est géré par un organisme composé d'un conseil d'administration qui regroupe les jeunes, les organisations féminines, les chefs de village, tous représentant les populations. Le PADI appuie des projets de développement durable pouvant survivre après la fermeture de la mine. Ces projets sont relatifs à l'octroi de microcrédit pour des petites entreprises (magasins de villages, tailleurs, moulins à grains, élevage de volaille, jardins irrigués), à la construction de projets d'infrastructures (puits, forages, barrages) ainsi qu'à assurer des ateliers de formation pour les entrepreneurs locaux⁶⁶². La mise en place d'un tel programme vise à satisfaire à différents objectifs, notamment, la mise en place des actions de développement durable susceptible de survivre après la mine ainsi que l'appui et la consolidation des organismes de la société civile qui encouragent de telles initiatives de développement durable⁶⁶³.

Une initiative similaire de fondations partenariales a été développée par la mine de Morila⁶⁶⁴, un projet d'agro business au profit des communautés locales⁶⁶⁵. Celui-ci permet aux communautés locales de pouvoir se rabattre sur une activité génératrice de revenus dans l'optique de la fermeture prochaine de la mine. Il s'inscrit également dans le cadre des engagements souscrits par l'entreprise minière pour garantir une meilleure acceptabilité sociale de la fermeture de la mine. En dehors de ces deux initiatives, la majorité des programmes de développement communautaire se confine à la résolution des problèmes ponctuels auxquels les

⁶⁶² Groupe d'étude et de recherche en sociologie du droit appliqué (GERSDA), *La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises au Mali*, supra note 691, p.20.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ Amadou Keita, « Responsabilité sociale des entreprises minières et développement communautaire dans les zones minières au MALI, du volontariat à l'obligation juridique, une perspective du terrain », *supra note 1*.

populations locales sont confrontées. Le gouvernement malien entend faire de la création de fondations partenariales une exigence pour les autres sites miniers, ce genre d'initiative étant marginal dans le paysage de l'exploitation minière au Mali. Il incombe aux pouvoirs publics d'assurer la mise en œuvre effective par les entreprises minières de véritables projets de développement durable au profit des communautés locales.

Outre l'obligation juridique de développement communautaire qui est considérée comme une véritable innovation, les mesures d'accompagnement pour mettre en œuvre une telle obligation font défaut. En effet, un comité technique de développement communautaire et local a été chargé d'assurer le suivi et le contrôle de la mise en œuvre du plan de développement communautaire au Mali. Cependant, jusqu'à présent, « les modalités de création de ce comité et sa composition précise n'ont été déterminées ni par le code ni par son décret d'application »⁶⁶⁶. Cette situation met en exergue les difficultés de mise en œuvre de l'obligation juridique. Dans la même logique, il ressort des dispositions du Code minier de 2012 que « le plan de développement communautaire doit être harmonisé et intégré aux Programmes de Développement Social Économique et Culturel (PDSEC) des trois niveaux de collectivités territoriales »⁶⁶⁷ qui sont les communes, les cercles et les régions. Cette disposition permet de faire ressortir les rapports étroits entre développement communautaire et développement local voire développement national. Le plan de développement communautaire a beau être complet, il devrait s'harmoniser avec le PDSEC. Cette harmonisation du plan de développement communautaire et le PDSEC est censé induire voire favoriser un meilleur développement local de même que national.

⁶⁶⁶*Ibid.*

⁶⁶⁷ Article 151, alinéa 3 de la Loi N.2012 015 du 27 Février 2012 portant Code minier du Mali.

Toutefois, le plan de développement communautaire est élaboré par les entreprises minières en concertation avec les communautés locales très souvent sans dialogue adéquat avec les collectivités territoriales en question. Ce qui est convenu entre la société minière et les communautés locales ne remonte forcément pas. La cohérence entre les projets de développement mis en avant par une compagnie minière et les objectifs socio-économiques des communautés locales et leurs collectivités⁶⁶⁸ est plus que nécessaire. Un travail de concertation s'avère dès lors impératif entre communautés locales, collectivités territoriales et compagnies minières pour impulser un véritable développement local. De manière plus générale, un véritable dialogue doit être institué entre les différentes parties prenantes (État, collectivités territoriales, communautés locales, entreprises minières, société civile) de l'industrie minière malienne en vue d'une meilleure protection de l'intérêt général⁶⁶⁹. C'est l'État malien qui doit veiller à l'instauration de ce dialogue entre les différentes parties prenantes au processus minier.

A cet égard, il est intéressant de préciser que la mise en œuvre de la décentralisation au Mali n'est pas une réalité en ce qui concerne la question de l'autonomie financière des collectivités territoriales. Or, celle-ci est nécessaire à tout processus de décentralisation. La question de l'autonomie financière n'est pas adéquatement couverte. Si l'État malien parvenait à s'acquitter de cette obligation, cela donnerait les capacités techniques, matérielles et financières nécessaires aux collectivités territoriales pour mener à bien leurs missions. Les collectivités territoriales doivent être associées à la mise en œuvre et aux activités de suivi et d'examen environnemental des projets miniers qui les affectent. Les premières victimes des méfaits de la mine étant les communautés locales, leurs collectivités devraient être

⁶⁶⁸ Amadou Keita, « Responsabilité sociale des entreprises minières et développement communautaire dans les zones minières au MALI, du volontariat à l'obligation juridique, une perspective du terrain », supra note 1.

⁶⁶⁹ Groupe d'étude et de recherche en sociologie et droit appliqué (GERSDA), *La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) au Mali*, supra note 691, en ligne <https://idl-bnc.idrc.ca/dspace/bitstream/10625/53933/1/IDL-53933.pdf>.

au cœur des enjeux miniers par le biais d'une approche davantage inclusive. Il est souhaitable de rompre avec le système d'enclave des mines en leur donnant un caractère plus inclusif des préoccupations de l'ensemble des parties prenantes.

De pareilles initiatives commencent à émerger en Afrique subsaharienne, grâce à la mise en place de l'initiative pour un développement minier responsable (IDMR) en Guinée Conakry. Initiée par le Forum économique mondial dans plusieurs pays miniers, l'IDMR vise à améliorer la compréhension des problèmes et complexités liés au développement minier responsable et d'identifier les différentes solutions pour y remédier⁶⁷⁰. Dans le contexte guinéen, cette initiative a pour objectif d'amorcer d'une part, un dialogue entre les différentes parties prenantes afin d'identifier les principales questions liées au développement responsable et de dégager des pistes de solution. D'autre part, un tel dialogue permettrait de dégager des principes directeurs pour une vision partagée du développement du secteur minier. Cette vision informera la stratégie gouvernementale nationale du secteur minier. Pour une meilleure prise en compte des différents intérêts, la législation malienne pourrait s'inspirer du modèle guinéen.

On aura compris que la mise en œuvre des stratégies de RSE dans l'exploitation minière au Mali reste relative. Cette situation résulterait certes de leur portée juridique limitée mais également du faible encadrement effectué par les pouvoirs publics sur les initiatives de RSE. Ces derniers mettent bien souvent en avant les préoccupations des entreprises minières en délaissant celles des communautés locales ainsi que leurs collectivités. Si les stratégies de RSE sont censées représenter un complément utile aux réglementations minières applicables, ce sont

⁶⁷⁰ Forum économique mondial, *Initiative 2013 pour le développement minier responsable*, consultable en ligne, http://www3.weforum.org/docs/WEF_MM_RMDI_Report_2013_FR.pdf, consulté 17 mars 2018; voir aussi, <http://guinee7.com/2016/06/03/la-guinee-opte-pour-un-developpement-minier-responsable/> consulté le 20 mars 2018.

les autorités publiques qui doivent assumer la mission leur incombant d'assurer leur mise en œuvre. Les stratégies de RSE nécessitent dès lors un meilleur encadrement pour atteindre les objectifs liés à la protection de l'intérêt général qui d'ailleurs ne pourrait être délaissée uniquement aux mains d'initiatives privées.

B- La RSE, Nécessité d'un encadrement

Il s'agira d'analyser dans quelle mesure les stratégies de RSE pourraient être mieux encadrées par les pouvoirs publics bien que cet encadrement fasse l'objet de controverses doctrinales. D'aucuns y verraient une alternative à la réglementation⁶⁷¹. Cette vision de la RSE contraste avec la nôtre. Pour nous, la RSE devrait être appréhendée par le droit. La RSE doit induire un respect minimum des obligations légales de l'État hôte de l'investissement. Ce respect de la loi locale et internationale constitue un aspect incontournable de la RSE⁶⁷². Cette exigence fait de la RSE, une approche qui ne peut contredire le droit, mais le compléter et le renforcer⁶⁷³. Des liens étroits s'établissent dès lors entre le droit et la RSE⁶⁷⁴. C'est ainsi que le

⁶⁷¹ Alain Lapointe et Marie France Turcotte, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée » (2004) 59 : 1 Relations industrielles /Industrial Relations, p.73-100.

⁶⁷² La responsabilité sociale des entreprises est ainsi définie comme, « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales avec leurs parties prenantes. Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir davantage dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes ». Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre Vert, 2001.

⁶⁷³ Comme le rappelle le professeur Jean Claude Javillier, définir la responsabilité sociale de l'entreprise implique d'aller d'une façon ou d'une autre, à la rencontre du droit. Voir Jean Claude Javillier, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit : des synergies indispensables pour un développement durable », dans Jean Claude Javillier, *gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales, 2007, p.24, spé, 31.

⁶⁷⁴ Des études montrent que les initiatives volontaires sont presque toujours motivées par la loi et son anticipation. C'est en vue de se conformer plus rapidement ou même de concourir à l'élaboration de nouvelles normes en vue d'acquiescer un certain avantage compétitif que les entreprises adoptent des mesures volontaires. Voir Corinne

droit « définit et encadre la RSE et ses implications sur le plan économique, social ou environnemental »⁶⁷⁵. Mais au-delà, le recours à la RSE peut être justifié par les faiblesses du droit quant à régir un secteur économique donné. Selon ces auteurs, la RSE « pallie l'impuissance actuelle de l'ordre juridique international, qui a des difficultés à proposer et mettre en œuvre les principes d'un droit universel »⁶⁷⁶. Les difficultés de l'ordre juridique international à encadrer les activités des entreprises transnationales ont permis l'expansion des pratiques et des stratégies de RSE. Du fait des limites de ces dernières quant à leur portée juridique et la question d'effectivité⁶⁷⁷, une autre tendance est en train de prendre forme pour un encadrement de la RSE.

Responsabilité sociétale de l'entreprise et responsabilité juridique de l'entreprise doivent ainsi s'articuler et se nourrir mutuellement. Comme le dit Gérard Farjat, « sans loi, il n'y a pas de responsabilité sociale ». Ou encore que « le volontarisme ne doit pas remettre en cause ou diluer l'obligation, mais il peut la renforcer et la dépasser »⁶⁷⁸. La RSE ne saurait dès lors incarner à elle seule une politique efficace de protection de l'intérêt général des États hôtes de l'investissement, et ce, malgré l'expansion et la médiatisation dont elle fait preuve ces dernières années dans le secteur minier. Un mouvement de durcissement de la RSE ou même de *juridicisation* est donc en train de s'opérer que ce soit sur le plan international, régional ou

Gendron, Alain Lapointe et Marie France Turcotte, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée » supra note 708.

⁶⁷⁵ Blandine Rolland, « De la responsabilité sociale de l'entreprise à la responsabilité juridique : l'exemple de la démarche environnementale », *Dans Responsabilité sociale de l'entreprise : pour un nouveau contrat social*, Jean - Jacques Rosé, de Boeck, 2006, p.93.

⁶⁷⁶ François Guy Trébulle et Odile Uzan, *Responsabilité sociale des entreprises: regards croisés, droit et gestion*, supra note 556 à la p 85.

⁶⁷⁷ Isabelle Daugareilh, *Responsabilité sociale et de l'entreprise et globalisation de l'économie*, supra note 691.

⁶⁷⁸ Gérard Farjat, « De la globalisation de l'économie à une économie de droit », *Dans Isabelle Daugareilh, supra note 3*, p.795-818.

national. À ce titre, le passage de l'intégration volontaire des règles à l'imputation effective de responsabilité se reflète dans le cadre européen. Si le livre vert sur la promotion d'un cadre européen pour la RSE de la Commission européenne de 2001 définissait la RSE comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et écologiques à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »⁶⁷⁹, une dizaine d'années plus tard, la Commission européenne a publié en octobre 2011, une communication sur la RSE en envisageant celle-ci comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »⁶⁸⁰.

Dans la même optique, l'Union européenne a renforcé le cadre normatif de la RSE en adoptant la Directive 2014/95/UE sur le *reporting* extra-financier. Ce dernier prévoit l'obligation de la publication d'informations relatives au respect des droits de l'homme, à la lutte contre la corruption, aux questions environnementales ainsi que sociales de la part de grandes entreprises⁶⁸¹. Ces différents dispositifs au sein de l'Union européenne sur la RSE prouvent à suffisance son dessein de la rendre contraignante. Le concept de responsabilité des entreprises transnationales prend ainsi tout son sens avec le passage vers la *hard law*. De pareilles initiatives devraient, de notre point de vue, inspirer les États africains où la mise en œuvre des pratiques de RSE est complexe et l'encadrement des pouvoirs publics déficitaire.

⁶⁷⁹ *Communication de la Commission européenne. Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union Européenne en faveur du développement durable*, Proposition de la Commission en vue du Conseil européen de Göteborg, COM (2001) 264 final/2, 19 juin 2001, p. 8. Voir aussi, Frédéric Chavy, Nicolas Postel et Richard Sobel, *Responsabilité sociale de l'entreprise, nouvelle régulation du capitalisme*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2016, P.119.

⁶⁸⁰ COM/2011/681.

⁶⁸¹ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

Quelques pays africains et organisations régionales ont pourtant pris les devants en créant des cadres juridiques visant à encadrer les initiatives de RSE dans le secteur minier. Ainsi, la *Mineral and Petroleum resources development Act d'Afrique du Sud*, fait obligation aux postulants à un droit d'extraction de soumettre des plans sociaux et de travail⁶⁸². La réglementation dispose que « le plan social et de travail doit contenir des éléments détaillés d'un programme de mise en valeur des ressources humaines, un programme de développement local et des processus de gestion de la réduction et de la compression d'effectifs et doit prévoir sur le plan financier, la mise en œuvre des différents aspects du plan social et de travail »⁶⁸³. De même, la *nigerian minerals and mining Act* (Loi nigériane sur les minerais et l'exploitation minière) de 2007, exige également du détenteur du droit d'extraction qu'il conclue avec la communauté au sein de laquelle il exercera ses activités, « un accord de développement communautaire ou tout autre accord qui assurera le transfert d'avantages sociaux et économiques à la communauté »⁶⁸⁴.

Les initiatives de RSE prennent ainsi une place capitale au niveau régional ouest africain. La Directive de la CEDEAO prévoit que « les États membres veillent à ce que la responsabilité sociale des entreprises 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

⁶⁸² Au terme du Règlement 41 de cet Acte sud-africain de 2004, « les objectifs du plan social et de travail consistent à promouvoir l'emploi et à faire progresser le bien-être social et économique de l'ensemble des sud-africains; de contribuer à la transformation de l'industrie minière et de faire en sorte que les détenteurs de droits d'extraction contribuent au développement socio-économique des zones dans lesquelles ils exercent leurs activités».

⁶⁸³ Groupe d'étude international sur les régimes miniers de l'Afrique, *Les ressources minérales et le développement de l'Afrique*, Addis-Abeba, Commission économique pour l'Afrique, 2011 à la p 94, en ligne : <www.uneca.org>.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

minières établies avec leur participation active ainsi que leur consentement »⁶⁸⁵. L'alinéa 3 du même article précise que « le non-respect par un titulaire de droit ou de titre minier des programmes susmentionnés constitue une cause de révocation du droit ou du titre minier⁶⁸⁶. L'encadrement des stratégies de RSE devient de manière croissante un impératif dans le secteur extractif dans la mesure où elles demeurent des initiatives volontaires qui ne sont pas assorties de sanctions contraignantes. Même si elles le sont (comme dans le cas du développement communautaire au Mali), les mécanismes d'accompagnement font défaut ou bien l'effectivité ne suivrait pas à cause d'une inadéquation entre les règles existantes et la réalité des préoccupations qu'elles comptent régir. Le contrôle des engagements souscrits par les entreprises minières devant être réalisé par l'État et son administration est quasi inexistant.

Il ne faudrait pas perdre de vue que les stratégies de RSE sont intervenues dans un contexte particulier d'expansion des entreprises multinationales qui échappent à toute règle de droit. Ces dernières ne sont pas en tant que telles appréhendées par le droit. Il existe ainsi un véritable décalage entre la réalité économique et celle juridique des entreprises transnationales du fait de leur pouvoir économique d'une part et d'autre part, de leur *modus operandi*⁶⁸⁷. La complexité des montages juridiques, la multi localisation des établissements, leur mobilité, leur

⁶⁸⁵ Article 11, alinéa 2 de la Directive C/DIR3/05/09/ du 27 Mai 2009 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques du secteur minier.

⁶⁸⁶ Article 11, alinéa 3 de la Directive C/DIR3/05/09/ du 27 Mai 2009 sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques du secteur minier.

⁶⁸⁷ Les entreprises multinationales se caractérisent par une unité économique et constituent majoritairement des groupes de sociétés qui agissent en réseau. Ce réseau inclut à la fois les sociétés organisées au sein d'un groupe (groupe de sociétés) et les sociétés externes au groupe (partenaires commerciaux) auxquelles l'entreprise transnationale fait appel pour s'approvisionner en produits et services ou sous-traitent des travaux et services. Les politiques des groupes de sociétés, leurs décisions, leurs profits ou encore leurs stratégies dépendent d'une vision mondiale du groupe. Chaque entité du groupe est soumise à une législation et un système judiciaire différent, tandis que l'organisation économique de chaque entité répond à une logique de groupes. Marie Caroline Caillet et Gora Ngom, « Les entreprises transnationales et leur responsabilité sociétale, Fiches pédagogiques à l'intention des juristes francophones », Association SHERPA, en ligne <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/Fiche-OIF-2010.pdf>.

volatilité, leur insaisissabilité conduisent à des scénarios relativement complexes. Le groupe de sociétés n'existe pas juridiquement alors qu'il existe économiquement. Le droit international en l'état actuel a montré ses limites quant à l'encadrement des activités des entreprises transnationales. Quant au droit national, l'État dans le contexte malien, ne dispose pas des capacités techniques, matérielles et financières nécessaires pour mettre en œuvre de telles initiatives et les orienter vers une meilleure protection de l'intérêt général.

Si les initiatives de RSE ont bénéficié de ce contexte pour foisonner, elles n'en demeurent pas moins une démarche volontaire dont la mise en œuvre dépendrait en général du bon vouloir des entreprises qui les ont adoptées. Elles ne détiennent pas les leviers juridiques nécessaires pour faire face à la toute-puissance des entreprises transnationales qui opèrent ainsi dans un cadre international propice à leurs intérêts. Le droit international des investissements leur assure protection de leurs investissements et marginalise les préoccupations sociales et environnementales. Les accords bilatéraux, régionaux et plurilatéraux régissant les IDE n'établissent pas de liens étroits entre investissements internationaux et objectifs de développement. Ils font surtout appel au civisme des entreprises pour intégrer les objectifs de développement des pays hôtes à leur agenda. Bien qu'une tendance d'incorporation des stratégies de RSE dans les traités d'investissement ait pris forme, elle se contente d'encourager les entreprises transnationales à les mettre en œuvre. Cela n'engage pas pour autant la responsabilité véritable des entreprises multinationales.

Conclusion du chapitre 1

Si l'espoir a été porté sur les stratégies de RSE dans le but de compléter les règles assurant la protection de l'intérêt général, ces pratiques ont démontré leurs limites. Il est évident

que les pratiques de RSE possèdent un potentiel de régulation qui permettrait d'amoinrir leurs effets pervers. Toutefois, cette potentialité doit être consolidée par des règles plus contraignantes. Cela ne remet nullement en cause la possibilité que de telles initiatives puissent être mises de l'avant. Cependant, dans la perspective de les rendre plus effectives, les stratégies de RSE doivent s'intégrer dans un corpus juridique qui leur assure une certaine force contraignante, ou à tout le moins une certaine effectivité. Dans le contexte de l'exploitation minière au Mali, il est souhaitable que le législateur malien régule le secteur non pas, en l'extirpant des normes de RSE, mais en renforçant la portée normative de ces engagements volontaires. L'incorporation de telles mesures de renforcement des normes RSE dans le code minier aura l'avantage de sensibiliser davantage les entreprises minières des conséquences environnementales et sociales de leurs actions ainsi que des impacts des exploitations minières sur le bien être des communautés environnantes des projets miniers. La perspective de régionalisation des actions en vue du renforcement du cadre juridique encadrant l'exploitation des ressources naturelles dans la région ouest-africaine pourrait en ce sens, constituer une piste crédible de réflexion. Celle-ci doit s'inspirer des pratiques en développement à l'échelle internationale. Mais pour prendre réellement corps et produire son plein effet, la régionalisation de ces règles doit être portée par une institution à portée régionale, dotée d'une réelle capacité d'harmonisation des règles applicables en matière d'investissements étrangers.

Chapitre II : L’OHADA comme cadre de référence pour une meilleure protection de l’intérêt général

Nous voulons à l’entame de ce chapitre préciser que l’IDE est une matière qui ne relève pas encore du domaine de compétence de l’OHADA. Pourtant, l’IDE, du moins sa promotion fait partie des objectifs de cette organisation dont le préambule énonce dans sa version initiale en 1993 « conscient qu’il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l’essor de celles-ci et d’encourager l’investissement [...] ». De cette disposition et en se référant aux règles d’interprétation du traité en droit international public, il ressort qu’une des finalités de l’OHADA est d’encourager l’investissement en créant les conditions de sécurité juridique des activités économiques. En effet, la lecture conjointe des articles 31⁶⁸⁸ et 32⁶⁸⁹ de la Convention de Vienne⁶⁹⁰ permet de conclure que « l’interprétation du traité doit permettre de déterminer le sens clair des mots (méthode textuelle) à partir d’une analyse menée en fonction de l’objet et du but du traité (méthode téléologique) tout en laissant la possibilité à l’interprète

⁶⁸⁸ L’article 31 de la Convention de Vienne pose la règle selon laquelle « les traités doivent être interprétés de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du Traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Le contexte comprend notamment le préambule et les annexes. Outre le contexte, il sera tenu compte de la conduite ultérieure des parties dans l’application du Traité. Il pourra enfin être recouru aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en tant que moyens complémentaires d’interprétation, notamment lorsque le recours au texte ne suffit pas à lever l’ambiguïté ou à dissiper l’obscurité d’une disposition ou encore lorsqu’il conduirait à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable »

⁶⁸⁹ Article 32 : « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d’interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l’application de l’article 31, soit de déterminer le sens lorsque l’interprétation donnée conformément à l’article 31 : a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

⁶⁹⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités* (avec annexes), conclue à Vienne le 23 mai 1969, Recueil des Traités des Nations-Unies, Vol. 1155, I-18232. P. 354.

ou au juge de recourir à d'autres outils tels que les travaux préparatoires (méthode subjective) pour identifier la volonté des parties si nécessaire »⁶⁹¹. Une bonne partie de la littérature sur le processus d'harmonisation du droit des affaires n'a également pas manqué de souligner l'importance de l'investissement étranger pour le droit OHADA. Kéba Mbaye, l'un des pères fondateurs du Traité OHADA affirmait que « le besoin s'est fait sentir, devant le ralentissement des investissements, d'essayer de reconstruire l'édifice juridique de l'ensemble des pays de la zone franc CFA afin de redonner confiance aux opérateurs économiques »⁶⁹².

Le droit de l'investissement régit les rapports entre l'investisseur étranger et l'État hôte dans lequel il voudrait investir. Les conditions d'admission de l'investissement, la protection de l'investisseur ainsi que le traitement de l'investissement sont des aspects absents du cadre juridique de l'OHADA. Comme il ressort de l'article 1^{er} du Traité, « le présent traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels »⁶⁹³, l'OHADA s'est ainsi focalisée sur l'harmonisation du droit des affaires dans sa conception large et élastique. L'article 2 du Traité qui énumère les différentes matières faisant l'objet d'actes uniformes prévoit « pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime de redressement des entreprises et

⁶⁹¹ Hervé Prince, « Quelle place réserver à l'investissement direct étranger dans le droit OHADA? Réflexions à partir des expériences européenne et nord-américaine », *supra note 644*.

⁶⁹² Kéba Mbaye, « Avant-propos du numéro spécial OHADA » (1998) 827 *Revue Penant* à la p. 125.

⁶⁹³ Article 1^{er} du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires, adopté le 10 Octobre 1993 à Port Louis et révisé à Québec le 17 Octobre 2008, en ligne <http://www.ohada.com/traite.html>

de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports et de toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après »⁶⁹⁴.

Cette conception large du droit des affaires ressort clairement d'une décision N°002/2001/CM du 23 janvier 2001, où le Conseil des ministres a procédé à une extension du domaine des Actes uniformes aux matières suivantes : le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve⁶⁹⁵. De nouvelles matières font aussi l'objet d'une étude de faisabilité et d'opportunité dans l'espace OHADA : affacturage, crédit-bail, franchise, sous-traitance, contrats de partenariats public-privé, règlement des conflits de lois, médiation commerciale, circulation des actes publics⁶⁹⁶. Mais jusqu'à présent, bon nombre de matières qui intéressent la vie de l'entreprise échappent encore au droit OHADA. Certains auteurs ont qualifié de choix délibéré, le fait que l'OHADA ne régule pas l'IDE⁶⁹⁷. Selon Roger Massamba, « l'OHADA a choisi de ne pas toucher à certains pans de la législation économique connue pour être souvent tributaire des options stratégiques et souverainistes des États : droit des investissements, droit minier, droit de l'énergie, entre autres »⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ Article 2 du Traité OHADA

⁶⁹⁵ Paul Gérard Pougoué, Encyclopédie du droit OHADA, *supra* note à la p 1329.

⁶⁹⁶ Roger Massamba, « Réflexion pour une meilleure application substantielle du droit OHADA » dans Loic Cadiet, Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA, Travaux de l'Association pour l'efficacité du droit OHADA et de la justice dans l'espace OHADA, Paris, IRJS, 2013, p.181.

⁶⁹⁷ Hervé Prince, « quelle place réserver à l'investissement direct étranger dans le droit OHADA? Réflexions à partir des expériences européenne et nord-américaine », *supra* note 691.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p.193.

De notre point de vue, l'objectif de l'OHADA est d'adopter des règles nécessaires pour faciliter l'activité des entreprises en vue de soutenir le développement économique de ses États membres. La promotion de l'IDE résulte de cette finalité de facilitation des échanges tout en laissant le soin aux législations nationales de déterminer les conditions de leurs investissements ainsi que le régime juridique applicable. Cependant, dans un contexte d'asymétrie de pouvoirs, d'évolution des relations économiques internationales, ne pas régir le domaine de l'IDE est une lacune fondamentale. Cela est d'autant plus important qu'il existe actuellement en droit OHADA, une assimilation de l'investisseur étranger à un simple commerçant. Le statut d'investisseur étranger n'est pas prévu par le droit OHADA qui ne reconnaît que celui de commerçant. A titre illustratif, l'investisseur étranger qui voudrait s'implanter au Mali va négocier les conditions de son investissement avec l'État malien pour ensuite recourir au droit OHADA qui lui permettra de mettre en œuvre le véhicule de son investissement, autrement dit, créer une société. L'opération d'investissement est de ce fait traitée comme une opération commerciale dans le cadre juridique de l'OHADA. Pire, l'OHADA ne tient pas compte de l'importance des ressources naturelles pour ses États membres à telle enseigne qu'elle assimile opérations commerciales et opérations d'investissement dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles. L'article 3 de l'Acte uniforme portant droit commercial général dispose que « l'exploitation des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles a le caractère d'un acte de commerce par nature »⁶⁹⁹. La portée d'une telle disposition pose quelques

⁶⁹⁹ L'article 3 de l'Acte Uniforme du 15 Décembre 2010 portant sur le droit commercial général de l'OHADA dispose que « l'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire. Ont, notamment, le caractère d'actes de commerce par nature :

- l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente;
- les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit;

difficultés au regard de l'importance des activités d'extraction dans certains pays de l'OHADA. Considérer l'exploitation d'une mine comme un acte de commerce banalise cette activité pourtant d'intérêt général pour de nombreux États membres de l'espace OHADA. L'article 3 de l'Acte uniforme portant droit commercial général est en déphasage avec les objectifs de développement économique du secteur minier de ses États membres, la majorité de ces États étant riches en ressources naturelles.

C'est compte tenu de ces lacunes qu'il nous a paru important de mettre en exergue le rôle crucial de l'OHADA pour une meilleure protection de l'intérêt général. L'enceinte de l'OHADA peut servir de poutre maîtresse à une meilleure protection de l'intérêt général. C'est dans cette optique qu'un régime minier en phase avec l'évolution des relations économiques internationales (section 1) permettrait de mettre en œuvre les mécanismes de protection de l'intérêt général (section 2).

Section 1 : Vers un régime minier malien en phase avec l'évolution des relations économiques internationales

La première partie de cette étude nous a permis de démontrer que la protection de l'intérêt général reste perfectible dans le cadre juridique de l'investissement dans le secteur minier malien. L'asymétrie des pouvoirs de négociation entre l'État malien et l'entreprise multinationale est caractéristique

-
- les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce;
 - l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles;
 - les opérations de location de meubles;
 - les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication;
 - Les opérations des intermédiaires de commerce, telles que la commission, le courtage, l'agence, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière;
 - Les actes effectués par les sociétés commerciales».

de législations et traités d'investissement qui marginalisent les préoccupations d'intérêt général. Au-delà de l'exemple malien, cette situation est un constat généralisé dans les États membres de l'OHADA où l'encadrement de l'IDE, particulièrement dans le secteur minier, constitue un véritable défi en termes de protection effective de l'intérêt général. L'éparpillement de compétences en matière d'IDE et le rapport d'impuissance induit par des procédures d'admission sont aux fondements de l'échec du régime juridique de l'IDE dans l'espace OHADA (§1). Cet échec met en exergue l'intérêt d'un réaménagement des politiques d'investissement au sein d'une institution internationale qui possède les armes adéquates pour une sauvegarde efficace de l'intérêt général. S'il y a d'ores et déjà eu des tentatives en la matière au sein d'autres institutions d'intégration sous régionale, le choix de l'OHADA se justifierait à plusieurs titres eu égard au franc succès qu'elle connaît en matière d'intégration juridique. Le renouvellement du cadre juridique de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA (§2) est devenu crucial pour mettre le régime minier des États parties de cette organisation et de manière générale l'IDE en phase avec l'évolution des relations économiques internationales.

Paragraphe 1 : Les grands échecs du régime actuel de l'IDE dans les États membres de l'OHADA

Le régime actuel de l'IDE dans les États membres de l'OHADA se caractérise par l'éparpillement des compétences (A) et par un rapport d'impuissance induit par des procédures d'admission (B).

A- La faillite du modèle fondé sur l'éparpillement des compétences en matière d'IDE

Le régime juridique de l'IDE dans les États membres de l'OHADA est un cadre éclaté entre d'une part, les nombreuses organisations d'intégration régionale, dont les actions embrassent l'IDE et d'autre part, les législations nationales et internationales éparses. Tout ceci compromet la sécurité juridique et la protection de l'intérêt général en matière d'IDE dans la région.

Il y a lieu de rappeler que l'investissement ne fait pas encore l'objet d'encadrement dans le corpus juridique de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA). Cette dernière légifère davantage sur les conditions de création, de fonctionnement et de liquidation d'une société commerciale, qui est le véhicule le plus courant mais non exclusif permettant à l'IDE de se réaliser⁷⁰⁰. Cela étant, l'IDE fait l'objet d'une attention particulière de la part d'autres institutions sous régionales auxquelles les États membres de l'OHADA sont également partie prenante. Qu'il s'agisse de la CEDEAO, de l'UEMOA ou de la CEMAC, ce ne sont pas des initiatives qui manquent dans l'objectif de promouvoir et de protéger l'investissement international. Dans le cadre de l'UEMOA, *un projet de code communautaire des investissements*⁷⁰¹, *un règlement visant à éviter la double imposition*⁷⁰² ainsi qu'une *Directive portant harmonisation de la fiscalité applicable aux entreprises d'investissement à capital fixe*⁷⁰³ au sein de ses États membres représentent les principaux instruments juridiques adoptés

⁷⁰⁰ Acte Uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de l'OHADA, adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso, en ligne, <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Acte-Uniforme-2014-Societes-commerciales-GIE.pdf>, consulté le 05 Octobre 2018.

⁷⁰¹ Voir en ligne, <http://www.institut-numerique.org/iv1-le-code-communautaire-dinvestissement-cci-524eb85eaf6fb>, consulté le 06 janvier 2018.

⁷⁰² Règlement N°08/2008/CM/UEMOA du 26 Septembre portant adoption des règles visant à éviter la double imposition au sein de l'UEMOA et des règles d'assistance en matière fiscale

⁷⁰³ Directive N°02/2011/CM/UEMOA portant harmonisation de la fiscalité applicable aux entreprises d'investissement à capital fixe au sein de l'UEMOA. Voir aussi, Seni Ouédraogo, *Les problèmes juridiques relatifs à la communautarisation du droit des investissements dans l'espace UEMOA*, (2012) 58 Annuaire français de droit international, vol.58, 2012, pp. 515-549.

par cette organisation en matière d'IDE. Il en est de même que le règlement portant code minier communautaire de l'UEMOA qui a fait d'ores et déjà l'objet de développements dans la première partie de la thèse. Hormis le secteur minier, si les autres instruments sont relatifs aux aspects fiscaux des investissements, le projet de code communautaire des investissements lui régit les conditions de création et d'exploitation d'entreprises dans l'espace UEMOA. Il donne aux investisseurs potentiels, une claire lisibilité des politiques économiques, fiscales et financières et leur garantit une protection effective de leurs investissements⁷⁰⁴.

Dans le cadre de la CEDEAO, deux protocoles, l'un *relatif aux entreprises communautaires*⁷⁰⁵ et l'autre sur *la libre circulation des personnes, le droit de résidence et d'établissement*⁷⁰⁶, ont été adoptés en matière d'investissements. De plus, la CEDEAO a adopté un *Acte additionnel portant adoption de règles communautaires sur l'investissement et leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO*⁷⁰⁷ ainsi qu'une Directive portant sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier. Cette dernière a d'ores et déjà fait l'objet de développements dans la première partie.

Le traité révisé de la CEDEAO signé en 1993 prévoit : « l'harmonisation des codes nationaux d'investissements aboutissant à l'adoption d'un code communautaire unique des investissements »⁷⁰⁸. Lors de la négociation qui s'est tenue en décembre 2008 à Abuja, les chefs d'État et de gouvernement de la CEDEAO ont adopté *l'Acte additionnel A/SA.3/12/08 portant*

⁷⁰⁴ Voir en ligne, <http://www.institut-numerique.org/iv1-le-code-communautaire-dinvestissement-cci-524eb85eaf6fb>, consulté le 06 janvier 2018.

⁷⁰⁵ Le protocole de la CEDEAO de 1984.

⁷⁰⁶ Le protocole de la CEDEAO de 1979.

⁷⁰⁷ Acte additionnel A/ SA.3/12/08 portant adoption des Règles communautaires sur l'investissement fut adopté en 2008.

⁷⁰⁸ Article 3 (i) du Traité révisé de la CEDEAO

adoption des Règles communautaires sur l'investissement. Lors de la même réunion, deux autres *Actes additionnels pertinents pour l'instauration du marché commun des investissements* furent adoptés⁷⁰⁹. Les règles communautaires sur l'investissement énoncées dans *l'Acte additionnel A/SA.3/12/08* portent sur l'ensemble des investissements réalisés par un investisseur avant ou après l'entrée en vigueur de l'Acte, à condition que l'investisseur soit un particulier ou une entreprise ayant réalisé ou réalisant des investissements sur le territoire d'un État membre de la CEDEAO. Cet Acte comporte les dispositions classiques des traités bilatéraux d'investissement tels que la règle de traitement national, la règle de traitement de la nation la plus favorisée ainsi que des normes régionales minimales⁷¹⁰. Les investisseurs étrangers bénéficient également dans ce cadre des garanties de libre transfert de leurs actifs et de la protection contre les expropriations directes et indirectes.

L'Acte de la CEDEAO relatif aux investissements réalisés par un investisseur se démarque des autres textes communautaires en matière d'IDE par son chapitre consacré « aux obligations et devoirs des investisseurs et des investissements ». Celui-ci prévoit notamment une clause d'évaluation des impacts environnementaux et sociaux préalables à l'investissement, dont les résultats doivent être communiqués à la communauté dans laquelle l'investissement est réalisé ainsi qu'aux autres parties affectées. De même, les investisseurs étrangers devraient se soumettre à un certain nombre d'exigences postérieures à la phase d'établissement, en matière

⁷⁰⁹ Il s'agissait de l'Acte additionnel A/SA.1/12/08 portant adoption des règles communautaires de la concurrence et de leurs modalités d'application au sein de la CÉDÉAO et de l'Acte additionnel A/ SA.2/12/08 portant création, attributions et fonctionnement de l'autorité régionale de la concurrence de la CÉDÉAO.

⁷¹⁰ Les normes régionales minimales prévoient le traitement juste et équitable ainsi que l'interdiction de la discrimination. L'article 7 de cet Acte fonde ce traitement sur le droit international coutumier et prévoit le traitement minimal des étrangers. Voir aussi, Commission économique pour l'Afrique, Rapport sur les politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale, Addis-Abeba (Éthiopie), Commission économique pour l'Afrique, Nations Unies, 2016.

de protection des droits de l'homme et de respect des normes fondamentales du travail conformément à la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail⁷¹¹. Le projet de Code et de politique des investissements de la CEDEAO est en cours de validation par les parties prenantes concernées avant d'être présenté devant le Conseil des ministres pour son adoption définitive⁷¹². L'harmonisation des codes et des réglementations liées aux investissements dans la région de la CEDEAO constitue une avancée déterminante pour le climat de l'investissement dans la région.

En ce qui concerne la CEMAC, elle a adopté une charte des investissements qui constitue le cadre général commun du droit des investissements dans ses États membres⁷¹³. Elle harmonise les différentes mesures de protection et d'incitation à l'investissement. Les États conservent toutefois la possibilité de préciser et/ou de compléter par des réglementations nationales, les dispositions de la Charte sans pouvoir contredire ses dispositions essentielles⁷¹⁴. Cependant, à la lecture de cette Charte, on se rend très vite compte qu'elle contient des dispositions visant des domaines assez variés au-delà des investissements eux-mêmes tels que l'assainissement des finances publiques (article 2), le bon fonctionnement du système judiciaire

⁷¹¹ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée par la Conférence internationale du travail à sa quatre - vingts sixième session, Genève, 18 Juin 1998 (Annexe révisée le 15 juin 2010). Cette Déclaration oblige les États membres qu'ils aient ratifiés ou non les conventions correspondantes à respecter et à promouvoir les principes et les droits, classés selon quatre catégories. Ces quatre catégories comprennent : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Voir en ligne, <https://www.ilo.org/declaration/lang--fr/index.htm>, consulté le 15 avril 2018.

⁷¹² Commission économique pour l'Afrique, Rapport sur les politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale, Addis-Abeba (Éthiopie), Commission économique pour l'Afrique, Nations Unies, 2016.

⁷¹³ Règlement N°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 Décembre 1999 portant Charte des investissements de la Communauté Économique et monétaire des États d'Afrique centrale (CEMAC).

⁷¹⁴ Louis Daniel Muka Tshibende, « *S'installer pour affaires dans l'espace OHADA* » (2010) 67 Lamy- Actes du colloque sur la sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone, Droit civil, p.11.

(article 5)⁷¹⁵ ou encore les règles de concurrence (article 11). L'article 2 du Règlement n°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 Décembre 1999 portant Charte des investissements de la Communauté Économique et monétaire des États d'Afrique centrale (CEMAC) dispose que, « en vue de l'assainissement des finances publiques, les États membres veillent à une application rigoureuse de la réforme fiscale et douanière, notamment, en ce qui concerne la limitation des régimes dérogatoires afin d'équilibrer les recettes et les dépenses publiques. Les États-membres s'engagent à accorder, dans l'allocation des ressources, une priorité aux dépenses de santé et d'éducation de base, facteurs de lutte contre la pauvreté, ainsi qu'à la justice et au développement durable »⁷¹⁶. Dans la même optique, l'article 11 du Règlement N°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 Décembre 1999 portant Charte des investissements de la Communauté Économique et monétaire des États d'Afrique centrale (CEMAC) prévoit que « les États membres s'engagent à appliquer les règles de concurrence et de transparence dans les opérations de privatisation d'entreprises publiques, ils fournissent aux populations et aux opérateurs économiques toutes les informations requises »⁷¹⁷. Seuls les articles 7 à 9 de la CEMAC visent réellement les opérations d'investissement. La Charte des investissements CEMAC ne couvre pas l'ensemble des questions normalement traitées par les textes relatifs aux

⁷¹⁵ L'article 5 du Règlement N°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 Décembre 1999 portant Charte des investissements de la Communauté Économique et monétaire des États d'Afrique centrale (CEMAC) dispose que « les États-membres, s'efforcent de former les juges au traitement des affaires commerciales, et si possible, spécialisent certaines juridictions (tribunal de commerce ou chambre économique et sociale). Ils veillent à l'exécution diligente des décisions de justice. Les États encouragent le recours à la procédure d'arbitrage et garantissent l'application des sentences arbitrales ».

⁷¹⁶ Article 2 du Règlement n°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 Décembre 1999 portant Charte des investissements de la Communauté Économique et monétaire des États d'Afrique centrale (CEMAC)

⁷¹⁷ Article 11 du Règlement N°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 Décembre 1999 portant Charte des investissements de la Communauté Économique et monétaire des États d'Afrique centrale (CEMAC).

investissements. Certaines de ses dispositions relèvent davantage de la clause de *best effort* que d'un réel engagement souscrit en faveur des investisseurs.

L'IDE est ainsi régi par divers organismes sous régionaux en Afrique et particulièrement dans sa partie occidentale. La pluralité d'institutions régissant une même matière fait courir des risques de superpositions institutionnelles, de chevauchements normatifs et de conflits juridictionnels. Cette situation peut surgir « lorsqu'une même situation juridique est susceptible d'être régie par plusieurs réglementations y applicables »⁷¹⁸. Or, c'est cette réalité qui ressort des législations d'investissement des États membres de l'OHADA, dispersés entre le droit de la CEDEAO, de l'UEMOA, de la CEMAC. Leurs domaines d'action et leurs objectifs étant très proches, et en raison de la flexibilité du champ matériel de l'OHADA, on peut craindre une interaction entre les réglementations CEMAC et OHADA, ou entre l'OHADA et l'UEMOA, en matière d'investissements directs étrangers, en l'occurrence pour le secteur minier. Une mesure d'harmonisation et de coordination s'avère indispensable pour pallier les risques de chevauchements voire de conflits. À titre illustratif, si le projet de code des investissements communautaire de l'UEMOA est adopté, le risque de chevauchement entre celui-ci et l'OHADA demeure patent dans la mesure où celle-ci encadre d'ores et déjà les conditions de création et d'exploitation d'entreprises en matière d'investissement. La problématique de la coexistence entre de nombreuses réglementations applicables à l'IDE est un enjeu majeur qui peut jouer sur l'efficacité de telles institutions. Une étude de la CNUCED sur les intégrations régionales africaines, en 2013, a démontré leur inefficacité en matière d'investissements directs

⁷¹⁸ Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, tome I, partie générale, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 2012, p.45.

étrangers⁷¹⁹. Cette inefficacité serait liée entre autres, à l'absence d'harmonisation des politiques d'investissement ou au traitement inadéquat des questions d'investissement. Il faut dire que les différentes organisations régionales africaines « sont établies sur des espaces parfois identiques, sur lesquels elles ont assis des normes régissant des questions soit identiques soit connexes et dont les rapports n'ont pas toujours été pensés dans le sens d'une coordination pourtant nécessaire »⁷²⁰.

Le régime juridique applicable à l'investissement dans l'espace OHADA apparaît éclaté d'autre part en raison de nombreuses législations nationales et traités bilatéraux d'investissement qui y interviennent. L'implantation d'une entreprise étrangère dans l'espace OHADA nécessite l'accomplissement d'un ensemble de formalités administratives prévues par les législations de chaque État membre concernant l'accès au territoire ainsi que les conditions d'entrée et de séjour des étrangers. C'est après ces étapes qu'il faut envisager les questions liées à l'activité commerciale, comme les conditions d'accès à la profession commerciale et de l'exercice du commerce ou encore la création d'une entité juridique abritant ledit investissement⁷²¹. L'OHADA se focalise essentiellement sur l'encadrement des règles relatives à la forme juridique de l'opération d'investissement et occulte des aspects importants de la réglementation des investissements, notamment, l'admission et la protection. Or, l'accès au marché qui nécessite l'admission de l'investisseur étranger au marché du pays d'accueil de l'investissement est une étape cruciale devant faire l'objet d'encadrement par le droit OHADA.

⁷¹⁹ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Intégration régionale et investissement direct étranger dans les pays en développement et les pays en transition*, TD/B/C. II/NEM.4/2, Première session, Genève, 28 - 30 janvier 2013.

⁷²⁰ Severine Menetrey, et Éric Balate, *Questions de droit économique : le défi des États africains, Actes des colloques de Yaoundé et de Bruxelles*, Paris, Larcier, 2011.

⁷²¹ Louis Daniel Muka Tshibende, « S'installer pour affaires dans l'espace OHADA » supra note 714, p.66.

Le droit OHADA intervient ainsi en aval de l'opération d'investissement. C'est-à-dire qu'une fois que l'investissement est approuvé par les législations de l'État d'accueil, la mise en œuvre du droit OHADA est enclenchée.

Il revient ainsi aux législations nationales de chaque État membre de l'OHADA, de règlementer l'admission de l'investissement international et de déterminer les conditions dans lesquelles celui-ci devrait être réalisé. L'investisseur étranger, pour s'implanter dans l'espace OHADA, est obligé de se renseigner sur la législation d'investissement de l'État dans lequel il désire s'installer avant de faire intervenir le droit OHADA s'il veut créer une entreprise. Il fait ainsi face à un agrégat de codes nationaux d'investissement, de codes miniers et pétroliers⁷²². En effet, la majorité des États membres de l'OHADA disposent de codes d'investissement spécifiques à certains secteurs notamment les mines, le secteur des hydrocarbures. Il en est ainsi du Mali, de la République démocratique du Congo⁷²³, du Burkina Faso⁷²⁴ ainsi que du Sénégal⁷²⁵. Ce sont ces codes qui déterminent les conditions dans lesquelles un investisseur peut investir sur un territoire, selon des critères prédéterminés et en fonction des secteurs ouverts à l'investissement⁷²⁶. Ces

⁷²² Joseph Youmsi, « l'OHADA : un instrument pour le développement des investissements dans un climat de sécurité juridique et judiciaire » [1997] 30 *Juridis Périodique* 98 et s.

⁷²³ Les investissements de la République démocratique du Congo sont régis par la Loi n°004 du 21 février 2002 portant code des investissements; les mines sont régies par loi n°18/001 du 09 mars 2018 modifiant et complétant la Loi n°007/2002 du 11 Juillet 2002 portant Code minier, en ligne https://www.mines-rdc.cd/fr/wp-content/uploads/Code%20minier/J.O._n%C2%B0_spe%C3%ACcial_du_28_mars_2018_CODE_MINIER%20DE%20LA%20RDC.PDF.

⁷²⁴ Les mines sont régies au Burkina Faso par la loi n°036-2015/CNT portant Code minier du Burkina Faso- JO n°44 du 29 Octobre 2015 alors que les investissements sont régis par la Loi n°62/95/ADP du 14 décembre 1995 modifiée par la Loi n°07-2010 du 29 janvier 2010 en ligne, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/bf/bf027fr.pdf>.

⁷²⁵ Les investissements sont régis au Sénégal par la Loi n° 2004-06 du 06 février 2004 modifiée par la loi n°2012-32 du 31 décembre 2012, en ligne <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/senegal/Senegal-Code-2004-des-investissements-MAJ-2012.pdf>, consulté le 17 février 2018. Les mines sont régies par la Loi n°2016-32 du 08 Novembre 2016, en ligne <https://www.sec.gouv.sn/sites/default/files/loisetdecrets/Loi%202016-32%20du%208%20Novembre%202016%20portant%20Code%20Minier.pdf>, consulté le 18 février 2018.

⁷²⁶ L'article 2 de l'Ordonnance N° 2012 - 487 du 07 Juin 2012 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire dispose que « la présente ordonnance fixe les conditions, avantages et règles générales applicables aux investissements directs nationaux et étrangers, réalisés en Côte d'Ivoire ».

législations nationales sont à la fois des mécanismes de protection des investisseurs, mais également d'incitation à l'investissement. À cette pluralité de législations nationales d'investissement s'est couplée une variété de traités d'investissement négociés et ratifiés par chaque État membre selon ses intérêts et préoccupations.

Les pays de l'OHADA sont parmi les États les plus actifs en matière de négociation et de signature des Traités d'investissement internationaux, qu'ils soient bilatéraux, régionaux ou plurilatéraux. Si plus de deux mille huit cents (2800) TBI existent actuellement dans le monde, l'Afrique en a signé à elle seule huit cent cinquante-quatre (854) sur lesquels six cent quatre-vingt-seize (696) avec des pays du reste du monde et cent cinquante-sept (157) avec d'autres États africains⁷²⁷. Ces TBI ont été ratifiés par les États africains dans le but de promouvoir et de protéger les investissements internationaux⁷²⁸. Sur le plan multilatéral, l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)⁷²⁹, l'Accord général sur le commerce et les services (AGCS)⁷³⁰ ainsi que la Convention portant création de l'agence

⁷²⁷ Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies, *Politiques d'investissements et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, supra note 717, p. 20.

⁷²⁸ *Ibid*, p.14.

⁷²⁹ Les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) jouent un rôle important dans le système de commerce multilatéral actuels et sont principalement axées sur les mesures d'investissement affectant le commerce des biens. Cet Accord sur les MIC qui a été négocié durant le cycle d'Uruguay reconnaît que certaines mesures concernant les investissements peuvent avoir des effets de distorsion et de restriction sur les échanges. Il dispose qu'aucun membre n'appliquera de mesures qui soient prohibées par les dispositions de l'article III (traitement national) ou de l'article XI (restrictions quantitatives) du GATT. Voir le site de l'organisation mondiale du commerce (OMC), https://www.wto.org/french/tratop_f/invest_f/trims_f.htm.

⁷³⁰ L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) traite de l'investissement étranger dans les services qui est l'un des quatre modes de fourniture de services. Il s'agit du mode trois qui est l'établissement de filiales, de succursales par une entreprise étrangère en vue de la fourniture de services dans un autre pays (par exemple les opérations de banque étrangères dans un pays), dénommé officiellement « présence commerciale ». Tous les pays membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sont tenus de se conformer aux dispositions relatives aux investissements prévues par les MIC et l'AGCS, y compris l'ensemble des 42 pays africains membres de l'OMC. Voir, le site de l'OMC, https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agmr6_f.htm.

multilatérale de garantie des investissements (AMGI)⁷³¹ constituent des exemples illustratifs. Sur le plan régional, l'Acte Additionnel portant adoption des règles communautaires sur l'investissement et leurs modalités d'application au sein de la CEDEAO, l'accord d'investissement de la zone d'investissement commune du *common market for eastern and southern Africa* (COMESA), également, visant à encourager des niveaux d'investissements plus élevés, qu'ils proviennent de pays du COMESA ou d'autres pays⁷³², en sont des illustrations.

Malgré le foisonnement des traités d'investissement dans cette région de l'Afrique, aucune coordination n'a été prévue. Des traités d'investissement existent à différents niveaux, bilatéral, sous régional, régional, interrégional, sectoriel, plurilatéral et multilatéral⁷³³. Cette situation révèle la complexité et l'hétérogénéité du régime juridique des investissements des États membres de l'OHADA. Ce qui était censé constituer une prévisibilité facilitant la promotion de l'investissement s'est mué en obstacle pour la sécurité juridique. L'analyse du régime juridique de l'investissement dans les États membres de l'OHADA nous révèle un régime morcelé qui influence négativement la protection de l'intérêt général dans cette région de l'Afrique⁷³⁴.

⁷³¹ Convention portant création de l'Agence Multilatérale de garantie des investissements (AMGI), aussi dénommée Convention BIRD du 11 Octobre 1985, est un mécanisme de garantie des investissements contre les risques non commerciaux, notamment les conflits politiques. Elle complète ainsi les activités de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, de la société financière internationale et d'autres institutions internationales de financement du développement. Cinquante-trois pays africains sont membres de l'AMGI. Voir, Ibrahim Shihata, « L'agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) » (1987) 33 *Annuaire français de droit international*, en ligne, https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1987_num_33_1_2795, consulté le 16 septembre 2018.

⁷³² L'accord d'investissement de la zone d'investissement commune du COMESA n'a toutefois pas encore été mis en vigueur.

⁷³³ Hugues Kenfack et Justine Diffo Tchunkam, *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : efficacité et compétitivité (1993-2013)*, Juta and Company, coll Journées de recherche du CREDO, Claremont, 2014 à la p 252.

⁷³⁴ L'investisseur étranger non seulement devrait accomplir des formalités au niveau de chaque État-membre, liées à l'entrée et au séjour de l'étranger comme personne physique, avant de passer aux critères s'appliquant à l'activité

Les traités bilatéraux d'investissement ratifiés par les États membres de cette organisation interrogent sur leur pertinence dans la mesure où l'IDE bénéficie d'une importante protection. Quasiment, aucune responsabilité ni obligation n'est prévue en faveur du pays et des populations qui reçoivent l'investissement, notamment en termes de droits sociaux et environnementaux⁷³⁵. Les TBI ratifiés par les États membres de l'OHADA se focalisent essentiellement sur la protection de l'investisseur et des investissements réalisés dans l'espace OHADA. C'est ainsi que l'article 4 alinéa 1^{er} de l'accord de promotion et de protection des investissements entre le Mali et le Canada stipule que : « Chacune des Parties accorde aux investisseurs de l'autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, 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 sur son territoire »⁷³⁶. L'article 10 alinéa 1^{er} du même accord stipule que « aucune des parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé, directement ou indirectement au moyen de mesures équivalant à une nationalisation ou à une expropriation, sauf si son action vise des fins d'intérêt public, respecte le principe de l'application régulière de la loi, est exempte de discrimination et s'accompagne d'une indemnisation conformément aux

commerciale. Mais également en ce qui concerne les législations diverses, à l'égard du secteur minier, on assiste à une dichotomie de réglementation dans la plupart des États-membres, en ce sens qu'ils disposent pour la plupart des codes d'investissements, des codes d'impôts mais aussi des codes miniers, des codes communautaires comme l'UEMOA, la CEDEAO. Voir Joseph Youmsi, « l'OHADA : un instrument pour le développement des investissements dans un climat de sécurité juridique et judiciaire » supra note 722.

⁷³⁵ Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies, *Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, supra note 717.

⁷³⁶ Article 4 alinéa 1^{er} de l'accord de promotion et de protection de l'investissement entre le Canada et le Mali, en ligne <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/mali/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>, consulté le 20 Juin 2018.

paragraphe 2 et 3. Il est entendu que le présent paragraphe doit être interprété conformément à l'annexe B. 10 »⁷³⁷.

Il ne faudrait pas oublier la nature et la philosophie qui sous-tendent les traités d'investissement ratifiés par les États membres de l'OHADA. Il apparaît *a priori* que les parties dans ce cadre conventionnel ont les mêmes droits et obligations, alors qu'à y regarder de près, on se rendra compte que c'est la partie canadienne dans l'exemple de l'accord de promotion et de protection de l'IDE entre le Mali et le Canada qui tire davantage profit. En ce sens, les investisseurs maliens ne peuvent prétendre faire compétition au Canada avec les investisseurs canadiens, les droits conférés restent lettre morte. C'est pour dire que les traités ne sont bilatéraux que de nom, car la réciprocité mise en avant n'est point applicable. En est-il ainsi de l'article 3 dudit accord de promotion et de protection de l'IDE qui stipule que « Chacune des parties encourage la création de conditions favorables permettant aux investisseurs de l'autre Partie de faire des investissements sur son investissement. Chacune des Parties accepte les investissements conformément à ses lois et règlements par ailleurs compatibles avec le 1^{er} accord »⁷³⁸. La probabilité d'investisseurs maliens qui s'implanteraient au Canada est très faible voire inexistante que l'inverse.

Les TBI dans l'espace OHADA font également l'objet d'une certaine remise en cause de la part des États africains eux-mêmes du fait de leurs capacités limitées à légiférer en vue de

⁷³⁷ Article 10 alinéa 1^{er} de l'accord de promotion et de protection de l'investissement entre le Canada et le Mali, en ligne <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/mali/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>, consulté le 03 octobre 2018.

⁷³⁸ Article 3 de l'Accord de promotion et de protection de l'investissement entre le Canada et le Mali, en ligne <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/mali/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>, consulté le 20 Juin 2018.

la protection de l'intérêt général. Les États membres de l'OHADA prônent de plus en plus la renégociation de ces traités selon leurs préoccupations d'intérêt général⁷³⁹. Un rapport de *african Center of international law practice* (ACILP)⁷⁴⁰ sur les TBI du Sénégal a mis en exergue l'absence d'un droit pour l'État de réguler les investissements admis sur son territoire en fonction de ses priorités nationales de développement. Les limites du pouvoir de réglementation des États membres de l'OHADA dans les TBI ont suscité leur implication dans de nombreuses affaires devant le CIRDI⁷⁴¹. Ce fut le cas de l'affaire Vicat contre le Sénégal portée devant le CIRDI sur le fondement du TBI France — Sénégal signé en 2007⁷⁴². Dans cette affaire, il avait été reproché au Sénégal d'avoir accordé un traitement plus favorable à une société d'origine nigériane, concurrent de la société Vicat d'origine française dans le secteur de la production de Ciment. En juin 2016, le tribunal rend une ordonnance de procédure prenant acte du désistement de l'instance conformément à l'article 44 du règlement d'arbitrage du CIRDI. L'article 44 du règlement d'arbitrage du CIRDI prévoit que « si une partie demande qu'il soit mis fin à l'instance, le Tribunal ou le secrétaire général, si le tribunal n'est pas encore constitué, fixe par voie d'ordonnance un délai dans lequel l'autre partie peut s'opposer à ce désistement. Si aucune objection n'est soulevée par écrit dans ledit délai, l'autre partie est réputé avoir accepté le

⁷³⁹ Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies, Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale, supra note 747.

⁷⁴⁰ Mouhamadou Madana Kane, *Traités bilatéraux d'investissement du Sénégal*, ACILP Country Bilateral Investment Treaties Assessment Reports, Issue N.1 Mars 2016, en ligne http://www.acilp.org/sites/default/files/bits_senegal_final_report.pdf.

⁷⁴¹ Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies, Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale, supra note 717.

⁷⁴² Vicat c. République du Sénégal (ICSID) Case N. ARB/14/19.

désistement et le Tribunal ou s'il y a lieu, le Secrétaire général le constate dans son ordonnance. Si une objection est soulevée, l'instance continue »⁷⁴³.

Les TBI font ainsi l'objet de diverses controverses en raison des nombreux différends qui y sont associés, imposant des coûts imprévus et exorbitants aux États signataires en développement. Les pays africains ont été impliqués dans cent onze affaires (111) liées à des différends en matière d'investissement, soit environ un cinquième de l'ensemble des affaires d'arbitrage documentées fondées sur des traités entre 1972 et 2014⁷⁴⁴. Cette crise de légitimité des TBI a été également exacerbée par leur faible corrélation avec les flux d'IDE en Afrique. Les recherches empiriques ne permettent pas de démontrer de manière cohérente et fiable que les pays en voie de développement qui ont signé des TBI accueillent pour autant des volumes d'IDE plus importants⁷⁴⁵. Une étude de la Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies a révélé que les TBI ne génèrent pas nécessairement un volume d'investissement important⁷⁴⁶. L'influence des TBI sur l'augmentation des flux d'IDE dans l'espace OHADA demeure dès lors fort relative.

Outre la remise en cause des TBI par les États hôtes de l'investissement dans l'espace OHADA, le défi de la protection de l'intérêt général est encore crucial avec l'existence de plusieurs législations d'investissement dans cette zone de l'Afrique. Cette situation peut nuire à la protection de l'intérêt général dans la mesure où les États membres de l'OHADA pourraient s'adonner à une féroce concurrence entre eux en vue d'attirer l'investisseur étranger. Cette

⁷⁴³ Article 44 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, en ligne <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-fra/partf-chap05.htm>.

⁷⁴⁴ Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies, Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale, supra note 717, p. IX.

⁷⁴⁵ *Ibid.*

⁷⁴⁶ *Ibid.*

concurrence peut les amener à adopter des mesures incitatives bien souvent au détriment de la protection de l'intérêt général. Compromettre leurs priorités nationales de développement ainsi que les enjeux de protection des droits de l'homme au profit de mesures incitatives pour attirer les flux d'IDE sur son territoire est une pratique courante des États membres de l'OHADA. C'est la raison pour laquelle de nombreux textes comportent des dispositions qui mettent en garde les États contre le préjudice que la concurrence effrénée entre eux peut causer à la protection de l'intérêt général. L'article 15 de l'accord de promotion et de protection de l'IDE entre le Canada et le Mali stipule :

« 1.- Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, en aucun cas, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur.

2— La partie qui estime que l'autre partie a offert un tel encouragement peut demander la tenue de consultations, et les deux parties se concertent en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné. Lors de la tenue de telles consultations, les Parties s'obligent à user d'un maximum d'efforts, de bonne foi, pour régler tout différend lié à l'application du paragraphe 1.

3— Chacune des parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principes, auxquelles les parties ont adhéré et qui portent sur des questions relatives au travail, à l'environnement, aux droits de la personne, aux relations avec la collectivité ou à la lutte contre la corruption ».

C'est dans la même optique que l'article 31 de l'Acte additionnel portant adoption de règles communautaires sur l'investissement et leurs modalités d'application au sein de la

CEDEAO exhorte les États à ne pas se livrer de concurrence pour attirer les investisseurs étrangers par le biais de mesures incitatives et à renégocier tous les accords d'investissement existants qui ne sont pas compatibles avec l'Acte et de veiller à ce que tous les futurs accords d'investissement signés par les États membres soient en conformité avec ledit Acte « particulièrement en ce qui concerne l'équilibre des droits et obligations qu'il établit »⁷⁴⁷. L'investisseur dans la zone OHADA, en analysant les législations et les politiques d'investissement des différents États, réalisera son opération d'investissement dans le ou les pays qui propose plus ou moins d'avantages pour son projet. Les législations d'investissement qui assurent une meilleure protection de l'environnement ainsi que des droits de l'homme créent souvent des obligations et des contraintes pour les investisseurs étrangers. Ces derniers sont appelés à assumer les coûts sociaux et environnementaux de ces obligations ainsi que leurs conséquences financières. Or, ces investisseurs étrangers veulent minimiser leurs dépenses d'investissement et rentabiliser leurs opérations d'investissement. Ils vont dès lors être à l'affût des opportunités d'investissement qui leur procurent une bonne marge de manœuvre financière. Cette situation est plus alarmante dans le cadre de l'exploitation minière où il ne devrait y avoir aucun compromis quant aux enjeux de la protection de l'intérêt général.

L'éparpillement des compétences en matière d'IDE dans les réglementations des États membres de l'OHADA se présente comme un échec du régime actuel de l'investissement dans cette région de l'Afrique. Cet échec est notoire également dans les procédures d'admission de l'IDE qui se passent dans un cadre d'asymétrie de pouvoirs de négociation entre les États

⁷⁴⁷ Article 31 de l'Acte additionnel A/ SA.3/12/08 portant adoption des Règles communautaires sur l'investissement.

membres de l'OHADA et les grandes entreprises multinationales œuvrant dans le secteur minier.

B- Le rapport d'impuissance induit par les procédures d'admission des investissements miniers des États membres de l'OHADA

L'opération d'investissement international, à titre de rappel, se caractérise essentiellement par deux phases successives : l'étape de l'admission et celle de l'investissement proprement dit qui débute après l'admission. La phase de l'admission réfère au moment où « l'investisseur sollicite l'entrée dans le territoire de l'État hôte »⁷⁴⁸. La notion d'admission des investissements concerne « le droit accordé à l'investisseur d'investir sur le territoire de l'État hôte au même titre que les nationaux de cet État ou encore, les étrangers privilégiés par le fait d'engagements contractés par cet État hôte au titre de la clause de la nation la plus favorisée (NPF). Les étrangers privilégiés sont alors constitués des investisseurs d'États tiers qui sont bénéficiaires de conditions favorables, parfois aussi favorables que celles des nationaux de l'État hôte »⁷⁴⁹. En droit international des investissements, l'accent a été toujours mis sur la période de la protection de l'investissement parce que c'est à ce moment que l'investisseur supporte les risques les plus importants en l'occurrence lorsqu'il a investi des sommes considérables ou lorsqu'il ne peut percevoir les fruits de son investissement qu'après une longue période⁷⁵⁰. Mais le désintérêt du droit de l'investissement pour la phase d'admission s'explique par le fait que le

⁷⁴⁸ Walid Ben Hamida, « L'admission des investissements et des investisseurs » Dans Charles Leben, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pedone, 2015, p. 243.

⁷⁴⁹ Dieudonné Edouard Onguene Onana, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités » dans Mathieu Ares et Éric Boulanger, *L'investissement et la nouvelle économie mondiale, trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, supra note 8, p.130.

⁷⁵⁰ Walid Ben Hamida, « L'admission des investissements et des investisseurs », supra note 733.

droit international coutumier reconnaît aux États, le droit souverain de contrôler l'admission et l'entrée des étrangers, y compris les investisseurs sur son territoire⁷⁵¹. Le principe de la souveraineté territoriale de l'État implique que « l'étranger, personne physique ou morale, soit soumis aux lois qui sont éventuellement édictées pour lui dans son État d'accueil »⁷⁵².

Par analogie avec la situation des personnes physiques⁷⁵³, l'admission de l'investissement va relever de la compétence exclusive de l'État d'accueil qui aura le choix soit d'ouvrir son économie nationale aux investisseurs ou de la leur fermer, complètement ou limitativement à certains secteurs. Cela inclut également le droit de déterminer les modalités d'admission et d'établissement des investisseurs étrangers⁷⁵⁴. Le droit d'admission se confondrait souvent avec le droit d'établissement. Le droit d'établissement suppose que « l'investisseur est admis à s'installer sur le territoire de l'État hôte par une présence commerciale quelconque (bureau, succursale, filiale) pour y exercer des activités à plus ou moins long terme, sous réserve de restrictions éventuelles. Cet établissement correspond, sommairement, en l'ensemble des conditions dans lesquelles l'investisseur développera son activité d'investissement, l'investissement pouvant être également traité de manière privilégiée à cause de l'application de règles de traitement convenues dans le traité et prévoyant une telle règle. Il concerne davantage les problèmes d'expansion de l'investissement, le paiement des taxes ou encore les problèmes de transfert de fonds »⁷⁵⁵. Les enjeux liés à l'admission de

⁷⁵¹ Jean Pierre Laviee, *Protection et promotion des investissements, Étude de droit international économique*, supra note 5.

⁷⁵² Dieudonné Edouard Onguene Onana, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités » supra note 8, p.115.

⁷⁵³ Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2013.

⁷⁵⁴ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of international investment law*, supra note 5, p. 88.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, voir aussi, Dieudonné Edouard Onguene Onana, « admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », supra note 8, p.131.

l'investissement sont en relation directe avec « la détermination du secteur économique et de la région géographique dans lesquels l'investissement est prévu, les besoins d'enregistrement ou d'obtention d'une licence et la structure juridique dans laquelle l'investissement doit être constitué »⁷⁵⁶.

Si les règles de traitement et de protection de l'investissement dépendent de la négociation de traités d'investissement, l'étape de l'admission se rattache à la souveraineté des États qui commande la liberté d'admettre ou non l'IDE selon leurs législations nationales. D'après Onana⁷⁵⁷, c'est cette notion de souveraineté qui explique que les États font prévaloir des objectifs nationaux dans leurs politiques lorsqu'il s'agit d'admettre l'investissement. Ces politiques nationales des États se prolongent également dans leurs politiques conventionnelles. Autrement dit, le développement des traités d'investissement n'a pas épargné la phase de l'admission de l'IDE. Selon le modèle de traité européen ou américain, des clauses d'admission de l'investissement international y sont de plus en plus insérées, certaines pour corroborer le postulat de la coutume internationale et d'autres s'en départissent. C'est ainsi que les TBI conclus par les États européens reconnaissent majoritairement la règle coutumière de la liberté de l'État d'admettre ou de ne pas admettre les investissements. Ils contiennent ainsi une clause qualifiée de « clause d'admission » selon laquelle il appartient à chaque État d'admettre conformément à son droit national les investissements des ressortissants étrangers⁷⁵⁸. L'article 2 du modèle de traité allemand dispose que « *each contracting State shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting State and admit such*

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ Walid Ben Hamida, « L'admission des investissements et des investisseurs » supra note 733, p.245.

investments in accordance with its legislation »⁷⁵⁹. Il ressort de ces dispositions que la décision d'admettre un investissement relèverait de l'État d'accueil de l'investissement en fonction de sa législation applicable.

La logique américaine ainsi que canadienne, voire japonaise, est toute autre en matière d'admission de l'investissement. Promouvant une politique de la porte ouverte, les États-Unis sont les premiers à ouvrir une brèche à la liberté dont disposent les États dans la phase de l'admission. Leurs TBI ne soumettent pas l'admission au droit interne, mais à des standards de droit international, plus précisément le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée⁷⁶⁰. L'article 3 du modèle de Traité bilatéral américain dispose qu'« Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory »⁷⁶¹. La même approche a été suivie par les articles 1102 et 1103 de l'ALENA⁷⁶². En acceptant de telles clauses, un État s'oblige à traiter l'admission des investisseurs étrangers comme l'admission de ses propres nationaux ou comme l'admission des investisseurs étrangers bénéficiant du traitement le plus favorable. Avec la globalisation de l'économie, l'approche américaine a commencé à gagner du terrain. Les récents traités d'investissement conclus par le Canada permettent à l'investisseur étranger d'obtenir le même droit d'accès que celui reconnu

⁷⁵⁹ Art 2 (1) German Model Treaty of 2005.

⁷⁶⁰ Charles Leben, *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, supra note 1, p.247.

⁷⁶¹ *Ibid*, p.89.

⁷⁶² Rapport SA-MEX-98-2008-01, services transfrontières de camionnage, rendu par le groupe spécial institué sur le fondement du chapitre 20 de l'ALENA entre les États-Unis et le Mexique, dans lequel il a été décidé que le refus général d'autoriser des personnes du Mexique à établir une entreprise de camionnage aux États-Unis pour le transport de chargements internationaux entre des points aux États-Unis, violait l'article 1102 et 1103 du chapitre 11.

au profit des investisseurs locaux ou d'un État tiers. Ainsi, l'article II (3) du TBI Canada — Barbade de 1996 dispose :

« Chacune des parties contractantes autorise l'établissement d'une nouvelle entreprise commerciale ou l'acquisition, en totalité ou en partie, d'une entreprise commerciale existante par des investisseurs ou des investisseurs potentiels de l'autre Partie contractante, à des conditions non moins favorables que celles qu'elles appliquent, dans des circonstances analogues, pour l'acquisition, ou l'établissement d'une entreprise commerciale a) à ses propres investisseurs ou investisseurs potentiels ou b) par des investisseurs ou investisseurs potentiels d'un État tiers ».

Le postulat des règles de l'admission de l'investissement international étant posé, il nous apparaît important de comprendre comment l'admission est-elle réalisée dans l'espace OHADA et en quoi les procédures y applicables constituent un véritable échec pour une meilleure protection de l'intérêt général?

Hormis quelques Traités conclus avec les États-Unis, le Japon ou même le Canada⁷⁶³, les traités d'investissement conclus par les États de l'OHADA ne règlementent pas l'admission de l'investissement. Les États de l'OHADA reconnaissent majoritairement « la règle coutumière de la liberté de l'État d'admettre les investissements en application de son droit national. Leurs traités d'investissement contiennent ainsi une clause d'admission selon laquelle il appartient à chaque État d'admettre conformément à son droit national les investissements de ressortissants étrangers »⁷⁶⁴. Le Traité bilatéral d'investissement entre le Sénégal et l'Allemagne stipule que « chaque partie contractante admettra sur son territoire en conformité de sa législation, les investissements effectués par des ressortissants et des sociétés de l'autre partie contractante,

⁷⁶³ Walid Ben Hamida, « L'opportunité d'adopter un acte uniforme sur les investissements » *supra note 733*.

⁷⁶⁴ *Ibid*, p.252.

encouragera si possible ces investissements et considérera avec bienveillance la question de l'octroi des autorisations nécessaires »⁷⁶⁵. La compétence des États pour déterminer les conditions d'admission de l'investissement sur leurs territoires va ainsi dépendre de leur réglementation. Celle-ci peut prendre la forme de lois, de règlements voire d'ordonnance ou de décret.

Ce sont ces réglementations nationales selon la forme adoptée qui vont déterminer les conditions dans lesquelles un investisseur peut investir sur un territoire, selon des critères prédéterminés et en fonction des secteurs ouverts à l'investissement. À ce titre, l'article 2 de l'Ordonnance N° 2012 — 487 du 07 juin 2012 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire dispose que « la présente ordonnance fixe les conditions, avantages et règles générales applicables aux investissements directs nationaux et étrangers, réalisés en Côte d'Ivoire »⁷⁶⁶. Dans le secteur malien, l'IDE est régi par un code des investissements⁷⁶⁷ et son décret d'application⁷⁶⁸. Ce code des investissements en vigueur au Mali découle d'une relecture du dispositif législatif portant sur les investissements dont la dernière modification remontait à 2005⁷⁶⁹. Le code actuel des investissements (CI) propose des avantages fiscaux et une garantie de protection aux investisseurs étrangers. L'article 5 du CI prévoit quatre régimes (A, B, C et D) qui bénéficient d'exonérations de taxes, de réduction du taux de l'impôt sur les

⁷⁶⁵ Article 1^{er} du Traité bilatéral d'investissement de 1964.

⁷⁶⁶ Article 2 de l'Ordonnance N° 2012 - 487 du 07 Juin 2012 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire.

⁷⁶⁷ Loi N°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements du Mali.

⁷⁶⁸ Décret N°2012-475/P-RM du 20 août 2012 fixant les modalités d'application de la Loi No 2012-016 du 27 février 2012 portant code des investissements du Mali.

⁷⁶⁹ Loi N° 05-050 du 19 aout 2005 portant Code des investissements du Mali.

bénéfices industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés (IBIC-IS)⁷⁷⁰. Un comité est chargé d'étudier les dossiers de demande d'agrément. En cas d'acceptation du projet d'investissement, l'agrément est accordé par le ministre chargé de la Promotion des investissements dans un délai de vingt jours ouvrables à compter de la date de réception du dossier⁷⁷¹. La procédure d'admission de l'IDE au Mali passe ainsi par l'agrément qui est délivré par les autorités nationales.

D'après Laviec, « les procédures d'admission des investissements étrangers sont principalement de trois types : déclaration, agrément et autorisation »⁷⁷². La déclaration est assez souple et ne nécessite pas un pouvoir de décision de la part de l'autorité concernée. L'agrément quant à lui est fondé sur la concordance d'un projet avec des critères objectifs fixés par la réglementation nationale. L'autorisation est le régime le plus rigoureux qui suppose un examen au cas par cas, et qui est accordé ou non en fonction des avantages, des coûts spécifiques à un investissement⁷⁷³. Certains États de l'espace OHADA adoptent à la fois les deux voire trois types de procédures d'admission de l'IDE dans leur corpus juridique. Il en est ainsi du TOGO

⁷⁷⁰ L'article 5 de la loi 2012 – 016 du 27 Février 2012 portant code des investissements dispose que « Les entreprises qui entrent dans le champ d'application du présent Code sont classées suivant les quatre (4) régimes ci-après: le Régime A concerne 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 milliard 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 milliard de Francs CFA (1 000 000 000 FCFA) 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 supérieure à 80 % ».

⁷⁷¹ Rapport final sur la lecture du code des investissements pour l'API- MALI, CESS Institute, Juin 2017.

⁷⁷² Jean pierre Laviec, *Protection et promotion des investissements*, supra note 5, p.65.

⁷⁷³ *Ibid.*, p.65.

dont l'article 15 de la loi portant des investissements dispose que « l'octroi des avantages du présent Code se fait suivant l'un des deux régimes :

- a) le régime de la déclaration
- b) le régime de l'agrément.

La nature et l'étendue des avantages consentis varient selon le régime applicable à l'investissement dans les conditions indiquées par le présent Code »⁷⁷⁴.

Dans le contexte particulier de l'exploitation minière malienne, la procédure d'admission de l'IDE passe généralement par une autorisation (permis) qui est délivrée aux entreprises minières justifiant de bonnes capacités techniques et financières. L'article 43 du code minier de 2012 dispose que « les substances minérales ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un permis d'exploitation, d'une autorisation d'exploitation de petite mine ou d'une autorisation d'exploitation artisanale »⁷⁷⁵. Bien que ce soient les législations minières qui déterminent les conditions d'admission de l'IDE, les titres miniers maliens sont assortis d'une convention d'établissement qui détermine les droits et les obligations de l'État ainsi que du détenteur du titre minier. Celle-ci désigne « le document conventionnel par lequel sont fixées les conditions de l'activité d'une entreprise sur le territoire d'un État; sont donc parties à l'accord un État et une entreprise étrangère ». L'article 15 du code minier de 2012 dispose qu'« à l'exception de l'autorisation d'exploration et de l'autorisation d'exploitation artisanale mécanisée, les titres miniers sont assortis de la Convention d'établissement définissant les droits

⁷⁷⁴ Article 15 de la loi n° 2012-001 portant Code des investissements en République Togolaise, consultable en ligne, <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/togo/Togo-Code-2012-investissements.pdf>; voir aussi, le titre IV de l'Ordonnance n°2012- 487 du 07 Juin 2012 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire. ⁷⁷⁵ Article 43 de la loi 2012-015 du 27 février portant code minier du Mali.

et les obligations de l'État et du titulaire du titre minier. Le modèle de la Convention d'établissement est approuvé par Décret du Chef du gouvernement et joint en annexe au présent Code minier »⁷⁷⁶.

Les conventions d'établissement⁷⁷⁷ permettent de fixer les dispositions fiscales, douanières, financières et économiques particulières pour toute la durée de validité des titres miniers. Elles visent à assurer une certaine stabilité aux entreprises en dépit des changements qui pourraient survenir dans les législations minières applicables⁷⁷⁸. L'ordonnance 91 - 65 portant code minier de 1991 au Mali avait institué pour la première fois une convention d'établissement à laquelle les parties pouvaient se référer. Selon Tidiani Guindo, « l'évolution la plus remarquable dans le code de 1991 est l'adoption en son sein d'une convention d'établissement type »⁷⁷⁹. L'article 2 de la convention d'établissement type⁷⁸⁰ du Mali dispose ainsi « la Convention traite des conditions générales économiques, juridiques, administratives, financières, fiscales, douanières, minières, environnementales et sociales régissant le statut de

⁷⁷⁶ Article 15 de la Loi N°2012-015 du 27 Février 2012 portant Code minier du Mali.

⁷⁷⁷ Il faudrait distinguer lorsqu'on parle de convention d'établissement, deux types. Celle conclue entre l'investisseur minier et l'État d'accueil et qui énonce les droits et obligations des parties, les conventions d'établissement de ce type doivent être distinguées des conventions d'établissement conclues par des États. Ces dernières sont des traités fixant les conditions d'entrée et de séjours et d'exercice du commerce ou d'une industrie des ressortissants de l'une des parties sur le territoire de l'autre ». Voir Patrick Dailler et Alain Pelet, *Droit international public*, Paris, 8^e éd., LGDJ, 1998, p.664.

⁷⁷⁸ Les conventions d'établissement visent à mettre en œuvre les conditions particulières d'exploitation d'une mine, négociées entre les entreprises étrangères et les gouvernements selon les spécificités de chaque projet. Elles ont pour objet de « déterminer par négociation les conditions techniques, économiques, juridiques, financières, sociales et fiscales selon lesquelles les travaux de recherche et d'exploitation seront effectués ». Voir Gisèle Belem, *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable? L'expérience de l'industrie minière du MALI*, supra note 1; Daniel Amagoin Tessougué, *Problématique de l'implantation des sociétés minières dans un pays en voie de développement: Cas du Mali* supra note 275.

⁷⁷⁹ Tidiani Al Moulaye Guindo, *Les investissements étrangers dans la production de l'or en République du Mali et le développement économique*, Paris, Université Descartes, 2008, p.78.

⁷⁸⁰ Décret N°99- 256/PM-RM DU 15 Septembre 1999 portant approbation de la convention d'établissement – type pour la prospection, la recherche et l'exploitation des substances minérales en ligne, <http://www.planeteexpertises.com/telechargement/code-minier-du-mali.pdf>.

la SOCIÉTÉ... et les droits et obligations à l'intérieur du Périmètre visé par la Convention »⁷⁸¹. Plus concrètement, l'article 2 de la Convention d'établissement entre le Gouvernement du Mali et la Société des Mines d'or de Goukoto S. A⁷⁸² précise que « la présente Convention a pour objet de déterminer les conditions générales, économiques, juridiques, administratives, financières, fiscales, douanières et sociales dans lesquelles Goukoto S.A procèdera aux travaux de Mise en valeur et à l'exploitation des gisements situés à l'intérieur du permis d'exploitation qui lui est octroyé par le Gouvernement en association ou non avec l'État »⁷⁸³.

Il ressort de ce qui précède que les règles d'admission de l'IDE dans le secteur minier malien sont déterminées par les législations d'investissement qui sont complétées par les conventions minières. Ces dernières comportent des clauses plus spécifiques qui gouvernent les conditions d'accès et d'exploitation de l'IDE dans le secteur minier. Les procédures d'admission de l'IDE dans le secteur minier malien demeurent particulières du fait qu'elles relèvent davantage de conventions d'établissement qui sont négociées entre l'État malien et une entreprise minière. Ces conventions sont négociées dans un cadre restreint où les autres parties prenantes de l'exploitation minière (collectivités locales et leurs communautés) en sont exclues. La question de la transparence de ces conventions d'établissement est bien souvent remise en cause. Ce n'est que récemment qu'elles font l'objet d'une publication sur le site du Ministère

⁷⁸¹ Convention d'établissement type entre le Gouvernement de la République du MALI et la société...pour la recherche et l'exploitation de l'or et des substances minérales du groupe 2.

⁷⁸² Se référer au deuxième chapitre de la première partie de cette recherche, plus précisément à la page 116 sur le schéma des entreprises minières qui exploitent une mine au Mali et la clé de répartition du capital social avec l'État malien.

⁷⁸³ Convention d'établissement entre le Gouvernement de la République du MALI et la société des Mines de Goukoto SA pour la mise en valeur et l'exploitation d'or et des substances minérales du Groupe 2.

des Mines⁷⁸⁴. En outre, c'est la question de l'asymétrie des pouvoirs de négociation entre l'État malien et une entreprise multinationale dans un contexte contractuel qui retient notre attention. L'État malien négocie des conditions d'accès à l'IDE dans le secteur minier avec des entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires dépasse bien souvent le budget national.

Il existe présentement huit mines d'or en exploitation au Mali : Morila, Somilo, Yatela, Semos, Tamico, Syama, Somika, Wassoul or. Ces mines industrielles en production sont opérées par huit sociétés venant de sept pays différents : le Canada, l'Australie, l'Afrique du Sud, la Grande-Bretagne et l'Allemagne. Seul un opérateur minier national malien exploite la mine de Wassoul or avec l'État malien⁷⁸⁵. Sur les sept mines restantes, les minières sud-africaines AngloGold Ashanti et Randgold prédominent sur le marché minier malien en exploitant quatre mines à savoir Semos, Morila, Somilo, Yatela. AngloGold Ashanti et Randgold constituent deux géants de l'industrie minière mondiale avec des données financières se chiffrant à des milliers de dollars. AngloGold Ashanti dont le siège social est situé à Johannesburg en Afrique du Sud dispose d'un portefeuille d'activités et de projets de classes mondiales⁷⁸⁶. En mars 2014, cette entreprise minière exploitait quatorze mines et trois projets dans dix pays. Elle a produit 3.8 Moz d'or en 2017, générant un revenu de quatre milliards trente-six millions (4.36) milliards de dollars USD avec des dépenses en capital de 830 millions USD⁷⁸⁷. Quant à la firme Randgold ressources, le bénéfice qu'elle retire de l'exploitation de la

⁷⁸⁴Ministère de l'environnement, de l'assainissement et du développement durable, *Analyse économique du Développement du secteur minier et des défis de la préservation de l'environnement et des ressources naturelles*, supra note 27, p.12.

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ Voir le site AngloGold ashanti, <https://www.anglogoldashanti.com/company/overview/>, consulté le 05 janvier 2018.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

mine SOMILO (Loulo - Gounkoto) se chiffrait à cinq cent dix-huit (518) millions de dollars en 2017⁷⁸⁸.

Iamgold est une multinationale qui exploite la mine d'or de Sadiola (Semos) et de Yatela, inscrite à la Bourse de Toronto ainsi qu'à celle de New York⁷⁸⁹. Elle opère dans quatre mines d'or en exploitation sur des continents différents en Amérique du Nord, du Sud et en Afrique de l'Ouest. Elle détient quarante un (41) % des parts sociales de la Semos et quarante (40) % des parts sociales de Yatela⁷⁹⁰. Il ressort de ce qui précède que les entreprises minières qui exploitent une mine industrielle au Mali constituent des firmes multinationales avec lesquelles l'État malien négocie les conditions d'exploitation minière. Il existerait ainsi autant de conventions minières que d'entreprises minières exploitant une mine au Mali. Des rapports de force inégaux caractérisent la négociation des conventions d'établissement entre l'entreprise multinationale et l'État malien qui peine à défendre ses priorités nationales de développement. Or, ce sont ces rapports de force inégaux qui président les conditions d'admission de l'IDE dans le secteur minier malien.

Outre l'asymétrie de pouvoirs, il faudrait signaler que les politiques d'admission de l'IDE se sont déclinées essentiellement en des politiques de promotion des investissements. Le fossé entre les politiques promotrices de l'IDE et les politiques d'admission n'est pas clair puisque les premières ont pris le dessus sur le second. Cette situation se justifierait par l'avènement de la mondialisation qui a favorisé la révision de la plupart des codes

⁷⁸⁸ Voir le site de Randgold, <http://www.randgoldresources.com/loulo-gounkoto-mining-complex>, consulté le 20 décembre 2017.

⁷⁸⁹ Voir le site Iamgold, <http://www.iamgold.com/English/home/default.aspx>, consulté le 07 septembre 2018.

⁷⁹⁰ *Ibid.*

d'investissement⁷⁹¹ des États membres de l'OHADA dans la voie d'une politique promotrice des investissements internationaux. À ce titre, le Code des Investissements du Sénégal⁷⁹² répond aux objectifs d'amélioration de la compétitivité du Sénégal en termes d'incitations offertes aux investisseurs, la mise en cohérence avec la réforme fiscale, la création d'emplois, la décentralisation des activités de production et la densification du tissu industriel existant. Dans le contexte malien, il y va de la même logique promotrice des investissements⁷⁹³. Ce pays a mis en œuvre une stratégie de développement des investissements privés qui repose également sur une politique de promotion. La majeure partie des secteurs d'activités (agriculture, énergie, tourisme, nouvelles technologies de l'information...) restent ouverts à l'investissement et sont régis par le code des investissements. Ce sont les activités minières et pétrolières qui font l'objet de codes spécifiques⁷⁹⁴.

L'analyse des codes d'investissement montre que les États de l'OHADA accordent presque tous les mêmes avantages en termes d'incitatifs fiscaux. Ils contribuent notamment à

⁷⁹¹ Dominique Rosenberg, « Les codes des investissements : un exemple de souveraineté dans un ordre économique inégalitaire » (1978) RJPIC, p. 913-933 ; Antonio R Parra, « principes governing foreign investment as reflected in national investment codes » (1992) 7 (2) ICSID Review - FILJ, p. 428 et s.

⁷⁹² Loi N°2004 du 06 Février 2004 portant des investissements du Sénégal.

⁷⁹³ L'article 1^{er} de la Loi n.2012- 016 du 27 Février 2012 portant code des investissements du Mali dispose que « le présent code vise à promouvoir les investissements au Mali par : a) la mobilisation de l'épargne nationale et l'attraction des capitaux étrangers; b) la création des emplois, la formation des cadres et d'une main d'œuvre qualifiée; c) la valorisation des matières premières locales; d) la promotion des exportations; e) la création, l'extension, la diversification, la modernisation des infrastructures industrielles et agro- sylvo-pastorales, de prestations de services et de l'artisanat; f) l'incitation à investir dans les industries exportatrices et dans les secteurs économiques valorisant les matières premières et autres produits locaux; g) la création et le développement des entreprises; h) le transfert des technologies adaptées; i) l'attraction des investissements dans toutes les régions du pays; j) la promotion d'un tissu économique performant et complémentaire; k) l'utilisation des technologies locales et la recherche- développement; l) la restructuration, la compétitivité, l'intégration et la croissance des entreprises; m) la reprise pour réhabilitation d'entreprises par de nouveaux investisseurs ».

⁷⁹⁴<http://www.apimali.gov.ml/index.php?page=creation-d-entreprise>, consulté le 11 septembre 2018; Sur le code pétrolier, voir http://www.apimali.gov.ml/uploads/documents-utiles/Loi_petroliere_Mali_fr_ang.pdf, consulté le 19 septembre 2018. Les législations minières applicables au Mali ont déjà fait l'objet d'un développement au niveau du chapitre 1 de cette recherche.

alléger les procédures d'entrée et de création d'entreprises, à garantir le recours à l'arbitrage international comme mode de règlement des conflits par excellence, à entériner des garanties d'ores et déjà promues par les traités d'investissement⁷⁹⁵. L'article 16 de l'ordonnance n° 2012-487 du 07 juin 2012 portant code des investissements de la Côte d'Ivoire dispose qu'« 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 ». Dans la même optique, l'article 6 de la loi n° 2012-01 du 20 janvier 2012 du Togo dispose que « toute entreprise régulièrement établie en République togolaise détermine librement sa politique de production, de commercialisation dans le respect des lois et règlements en vigueur en République togolaise. Elle accomplit tous actes de gestion conformes aux règles et usages du commerce ». En se focalisant sur les politiques promotrices de l'investissement, les codes des investissements de l'espace OHADA ont préconisé la fiscalité et l'établissement de zones franches. L'auteur Séverine Menetrey abonde dans le même sens lorsqu'elle affirme que « les codes ou chartes d'investissement des pays membres de l'OHADA ne comportent, en sus de quelques pétitions de principe, qu'un dispositif incitatif »⁷⁹⁶. À ce titre, l'article 1^{er} du code des investissements du Burkina Faso dispose que « la présente loi portant code des investissements a pour objet la promotion des investissements productifs concourant au développement économique et social du Burkina Faso ».

Il importe de souligner que les politiques de promotion des investissements étrangers ne doivent pas précéder la réalisation des conditions nécessaires à l'attractivité, notamment la taille

⁷⁹⁵ William Ediko, *Le rôle des codes des investissements dans les politiques de développement des pays africains*, Thèse, Université Paris I, 2012; Hatem Fabrice, *Investissement international et politiques d'attractivité*, Paris, Economica, 2004.

⁷⁹⁶ Severine Menetrey et Éric Balate, *Questions de droit économique : les défis des États africains*, supra note 720.

du marché, l'existence d'un tissu industriel local performant. Or, dans le contexte africain, c'est ce qui est généralement remarqué. Les politiques de promotion des investissements ont beau être mises sur place, elles ne pourront pas se substituer aux conditions préalables qui doivent être mises en avant. Le but de toute politique de promotion des investissements vise à « faciliter les relations d'investissements, en aplanissant certains obstacles, et en stimulant l'octroi d'avantages. En d'autres termes, il s'agit de faire en sorte que les relations avantages-coûts ne s'opèrent pas au seul profit ou aux dépens d'un État d'accueil, d'un État d'origine, ou d'un investisseur ; pour cela des mesures de coordination et de coopération économique sont instituées par traité »⁷⁹⁷. Les investissements ne constituent effectivement pas que des mouvements de capitaux et doivent être analysés en termes d'avantages et coûts. Les mesures incitatives adoptées par les législations nationales d'investissement des États membres de l'OHADA ont un coût financier qui n'est quasiment pas évalué sans compter que la fiscalité ne constitue pas un élément déterminant de l'attractivité d'un pays⁷⁹⁸. Dès lors, il ne s'agit pas d'offrir uniquement que des avantages et garanties, mais d'apprécier leur capacité à promouvoir les investissements en fonction des priorités nationales de développement.

Aux termes de ce paragraphe, il en ressort que le régime actuel de l'IDE des États membres de l'espace OHADA comporte des insuffisances qui influencent négativement sur la protection de l'intérêt général. L'éparpillement des compétences des États membres de l'OHADA en matière d'IDE est une réalité qui concourt à l'affaiblissement de leurs capacités à protéger l'intérêt général. En effet, ces États évoluent dans un contexte de concurrence pour

⁷⁹⁷Jean-Pierre Laviee, *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, supra note 8 aux pp 73-74.

⁷⁹⁸Charles-Albert Michalet, *La séduction des nations, ou, comment attirer les investissements*, Paris, Economica, 1999 à la p. 98.

attirer les investisseurs étrangers en adoptant des mesures incitatives souvent aux antipodes de leurs préoccupations d'intérêt général. L'attrait des investissements internationaux est devenu une exigence des institutions financières internationales qui vont jusqu'à récompenser leurs « meilleurs élèves » qui mettent en œuvre des réformes pour la facilitation des échanges⁷⁹⁹. Il n'est certainement pas évident que les États membres de l'OHADA puissent se départir d'une tendance qui est de plus en plus standardisée par leurs bailleurs de fonds. D'un autre côté, les procédures d'admission de l'IDE des États membres de l'OHADA sont réalisées dans un cadre d'asymétrie de pouvoirs de négociation entre États et entreprise multinationale. Cette situation fausse les rapports de force entre les parties prenantes dans le cadre de conventions d'établissement. Les politiques d'admission de l'IDE des États membres de l'OHADA doivent être revisitées pour y intégrer de meilleures dispositions protectrices de l'intérêt général. Le régime juridique actuel de l'IDE des États membres de l'OHADA constitue un échec du fait de la faillite du modèle fondé sur l'asymétrie de pouvoirs, l'éparpillement des compétences et des politiques d'investissements focalisées sur des mesures incitatives. C'est en raison de ces insuffisances, qu'il est impératif qu'il aille vers un renouvellement du cadre juridique de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA.

Paragraphe 2 : Pour un renouvellement du cadre juridique de l'IDE en droit OHADA

Le renouvellement du cadre juridique de l'IDE dans l'espace OHADA passe par son uniformisation. Or, l'IDE relève davantage du droit économique que le droit des affaires tel qu'appréhendé dans son sens classique. La modernisation du droit des affaires vers un droit

⁷⁹⁹ Rapport Doing business des États membres de l'OHADA 2017, Comparaison des réglementations s'appliquant aux entreprises locales dans 17 États membres de l'OHADA et à travers le monde, Groupe de la banque mondiale, 2017, en ligne, <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Special-Reports/DB17-OHADA-French.pdf>, consulté le 07 juillet 2018.

économique devrait être au cœur des actions de l'OHADA, parce qu'il ne peut y avoir d'activités commerciales sans libre circulation des capitaux au regard des liens étroits entre les activités commerciales et l'investissement⁸⁰⁰. Il existe un enchevêtrement entre commerce et investissement qui est devenu inéluctable dans un contexte de mondialisation, en l'occurrence, lorsque les activités commerciales s'inscrivent dans un cadre transnational. C'est ainsi qu'en droit de l'OMC, les actes unilatéraux des États en matière d'admission des investissements étrangers ont été considérés par les accords de Marrakech comme susceptibles de porter atteinte à la liberté du commerce international. À n'en pas douter, les imbrications et ramifications entre le droit des affaires et le droit économique sont étroitement liées, singulièrement en matière d'investissement.

D'ailleurs, le concept d'investissement intervient également en droit des affaires dans le cadre de l'investissement sociétaire. Ce dernier recouvre approximativement les mêmes réalités que l'investissement direct étranger. Il désigne ainsi les investissements faits dans une société et ceux soumis au droit des sociétés⁸⁰¹. Les participations et les fonds de placement dans les sociétés non cotées, les apports dans les sociétés de capital-investissement ou les opérations menées dans le capital d'une société résidente par une société de droit étranger entreraient dans cette catégorie⁸⁰². Selon Darmon, le concept d'investissement sociétaire se caractériserait par trois éléments : un transfert de valeurs de l'investisseur dans le patrimoine de la société bénéficiaire (la valeur peut être économique et marchande à l'exclusion de droits patrimoniaux);

⁸⁰⁰David Hiez et Séverine Ménetrey, *L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA*, Paris, L'harmattan, 2016.

⁸⁰¹ Gilles Darmon, « Le concept d'investissement : Détermination et incidence en droit des sociétés », *Dans Hervé Causse et Marcel Sinkondo (Dir.), Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2011, à p. 88.

⁸⁰² *Ibid.*

une recherche de profit à court, moyen ou long terme par une valorisation des actifs transférés; l'acceptation d'une prise de risque⁸⁰³. Il est ainsi difficile d'ignorer l'évidence du rapprochement entre le droit des sociétés, les activités commerciales et les investissements dans le contexte des pays membres de l'OHADA. L'OHADA est appelée à adopter cette conception contemporaine du droit des affaires fondée sur une approche intégrative des dimensions de l'activité économique et commerciale prônée par le droit international économique⁸⁰⁴, cela pour une plus grande efficacité et attractivité de l'investissement international.

L'objectif de cette uniformisation du régime juridique de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA vise à offrir un cadre juridique uniforme applicable à l'IDE dans ses États parties. Les piliers de cette uniformisation (B) se focaliseront sur les règles d'admission de l'IDE ainsi que les règles de protection. La finalité ultime étant à terme, de permettre à l'OHADA de négocier les TBI au nom et pour le compte de ses États membres avec des États tiers. Cela passe nécessairement par un rapatriement des compétences en matière d'IDE des États parties à l'OHADA (A). C'est du moins ce qui résulte de l'Union européenne qui est un modèle d'inspiration pour l'OHADA.

A-Le rapatriement formel des compétences en matière d'IDE

Depuis quelques années, l'émergence d'une nouvelle génération d'accords de libre échange qui intègrent l'IDE dans leur champ d'application est fort notable. Cette évolution dans l'encadrement des relations économiques internationales au niveau régional est pertinente à observer dans la perspective de l'intégration de l'IDE dans le droit. Les exemples de ce genre

⁸⁰³ *Ibid.*, à la p. 92.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

d'accords d'intégration régionale sont nombreux et se recoupent autour du Partenariat trans pacifique (PTP)⁸⁰⁵ signé en 2015 entre douze pays d'Asie, d'Amérique et du Pacifique couvrant quasiment tous les secteurs de l'économie y compris le travail, les télécommunications, les services financiers, les marchés publics et l'IDE; le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) en cours de négociation entre l'Union européenne et les États-Unis est conçu pour être un accord global incluant l'investissement étranger⁸⁰⁶. L'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) signé en 2016 s'inscrit également dans cette nouvelle dynamique. Il intègre dans son tissu normatif, des matières comme le développement durable, les marchés publics, le travail et l'environnement, la mobilité des gens d'affaires, la politique de concurrence, l'investissement⁸⁰⁷. Ces exemples d'accord d'intégration économique de nouvelle génération prônent un nouveau paradigme dans la logique de l'enchevêtrement croissant du commerce et de l'investissement⁸⁰⁸.

Les organisations d'intégration régionale ont ainsi évolué d'une intégration classique vers des intégrations de plus en plus stratégiques. Les États s'adaptent à la mondialisation en réorientant leurs objectifs qui sont devenus des enjeux communautaires, le nationalisme ayant cédé le pas à la logique régionale, voire communautaire. Les accords d'intégration de nouvelle génération sont plus que pertinents comme modèle d'inspiration pour l'OHADA dans la mesure

⁸⁰⁵ AFFAIRES MONDIALES CANADA, Partenariat Trans pacifique (PTP), Texte consolidé, en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>; voir aussi Christian Deblock et David Dagenais, *De l'intégration à l'interconnexion : le partenariat transpacifique*, janvier 2015, disponible en ligne, http://www.icim.uqam.ca/IMG/pdf/deblocketdagenaispp-version_finale.pdf.

⁸⁰⁶ Christian Deblock, (2014), « le partenariat transatlantique, un accord commercial de troisième génération » *Annuaire français de relations internationales*, Paris, Université Panthéon Assas /Centre Thucydide, mai, p.709-722.

⁸⁰⁷ Hervé Prince, « Le droit matériel des investissements dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : un modèle transposable pour une *lex mediterranea* des investissements? », dans Filali Osman, *Vers une lex mediterranea des investissements*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, 2016, à la p. 189.

⁸⁰⁸ Travaux de l'Association Henri Capitant, *La mondialisation*, supra note 3.

où leurs objectifs visent à s'adapter à de nouveaux rapports de force qui se mettent ainsi en place dans un contexte d'asymétrie de pouvoirs entre des acteurs aux puissances économiques considérables et les États fragiles aux plans institutionnel, juridique, économique et de ressources humaines. D'après Christian Deblock et al, « quatre traits caractérisent les nouvelles négociations commerciales. Premièrement, elles sont stratégiques, les rapports de puissance pesant dans les négociations autant que les enjeux commerciaux. Deuxièmement, elles sont interrégionales, engageant des partenaires souvent géographiquement fort éloignés les uns des autres. Troisièmement, elles combinent dans le cadre de grands partenariats dits globaux, coopération réglementaire renforcée avec libre échange de grande portée. Et quatrièmement, elles visent l'interconnexion compétitive des espaces économiques concernés »⁸⁰⁹.

Il est clair que l'OHADA n'est pas une intégration économique, elle est avant tout une organisation d'intégration juridique qui a pour ambition le développement de ses États membres⁸¹⁰. Cependant, elle constitue l'instrument le plus adapté à notre point de vue, pour intégrer efficacement l'IDE dans son corpus juridique au même titre que les accords régionaux de nouvelle génération. D'autant plus qu'avec la mondialisation, l'OHADA est appelée à davantage se moderniser et à faire preuve de démarche stratégique. Il y va de sa survie dans un monde globalisé en proie avec les puissances multinationales qui investissent largement dans ses États membres. La tendance étant de se regrouper pour équilibrer des rapports de force au

⁸⁰⁹ Christian Deblock, (2014), « Le partenariat transatlantique, un accord commercial de troisième génération », supra note 853.

⁸¹⁰ Dès l'entame de son préambule, le Traité OHADA dispose que « les hautes parties contractantes au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, sont déterminés à accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine et à établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique ». Voir en ligne, <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Traite-OHADA-modifie-2008.pdf>.

départ inégaux, l'OHADA devrait faire preuve du même patriotisme économique pour faire face à l'asymétrie de pouvoirs de négociation que vivent ses États membres face aux multinationales et en l'occurrence dans le secteur des ressources naturelles.

Outre ces nouvelles négociations commerciales, l'Union européenne a amorcé depuis le Traité de Lisbonne⁸¹¹, une révision de sa politique commerciale commune pour y intégrer l'investissement direct étranger (IDE) et cela dans le souci de mieux outiller son système juridique et judiciaire à faire face aux enjeux du commerce et de la mondialisation.

1- Le modèle de l'Union européenne

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁸¹², le 1^{er} décembre 2009, l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive en matière d'IDE dans le cadre de la politique commerciale commune (PCC). Aux termes des articles 206 et 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), il est énoncé :

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

Article 207 (1) : La politique commerciale commune (PCC) 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

⁸¹¹ Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Journal officiel n° C 326 du 26/10/2012 p.0001-0390, en ligne, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR> .

⁸¹² Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, JO C 306, 17 décembre 2007.

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 ».

Cette nouvelle intégration de l'IDE aux prérogatives de l'Union européenne (UE) a pour ambition de renforcer la capacité de négociation de l'Union et de prévenir les politiques disparates des États membres qui menacent l'homogénéité du marché intérieur. Cette extension de la compétence de l'Union européenne (UE) est l'occasion de promouvoir la compétitivité de l'Union sur les marchés mondiaux grâce à des investissements accrus et à un meilleur accès aux marchés des pays tiers⁸¹³. Elle donne également à l'Europe une plus grande influence dans la négociation des accords en matière d'investissements internationaux, un instrument essentiel face à la mondialisation⁸¹⁴. Le Traité de Lisbonne permet ainsi de développer une approche commune en matière de politiques d'investissement en vue d'une amélioration de la compétitivité de l'UE⁸¹⁵. Il faudrait noter qu'avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la négociation de TBI relevait de la compétence de chaque État membre de l'Union européenne (UE). Les États membres de l'UE avaient conservé une compétence générale en ce qui concerne la conclusion de TBI, la réglementation de la protection de l'IDE et le traitement après établissement ainsi que la phase d'admission de l'IDE. Il subsistait ainsi dans cette région, une

⁸¹³ *Ibid.* Voir aussi, Thomas Eilman Sber, «Bilateral investment treaties and EU law» (2009) 46 *Common Market Law Review*, p.383-429; Nikos Lavranos, « New developments in the interaction between international investment law and EU Law» (2010) 9 *The law and practice of international courts and tribunals*, p. 409- 441; André De Luca, *new developments on the scope of the EU Common Commercial policy under the Lisbon Treaty: investment liberalization vs. Investment protection*, *Yearbook on international investment law and policy* (2012-2011), Oxford, Oxford University Press, 2012, p.165-215; Angelos Dimopoulos, «The compatibility of future EU investment agreements with EU Law» (2012) 39 *legal issues of economic integration*, p. 447-471.

⁸¹⁴ Parlement européen, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international après le Traité de Lisbonne*, Direction générale des politiques externes, INTA, Novembre 2010.

⁸¹⁵ *Ibid.*

politique fragmentée de l'IDE⁸¹⁶, qui fragilisait la capacité de l'UE à pouvoir mener des négociations internationales en matière d'investissement du fait de l'absence d'une position commune⁸¹⁷.

La conclusion du Traité de Lisbonne en décembre 2007 constitue une avancée notable quant à la compétence de l'UE en matière d'investissements sur le territoire européen en provenance d'États tiers et des investissements en provenance d'États membres à destination d'États tiers⁸¹⁸. Elle offre désormais la possibilité de développer une approche commune, générale de l'UE en matière de politique d'investissement susceptible d'améliorer la compétitivité de l'Union et d'assurer aux investisseurs européens un meilleur accès aux marchés des pays tiers⁸¹⁹. À ce titre, la Commission européenne a souhaité réaliser son objectif d'affirmation de l'UE sur la scène internationale. Avec le traité de Lisbonne, « les États membres ne devraient plus être autorisés à conclure de TBI avec des États tiers; et les TBI conclus par chaque État membre avec des États tiers ont vocation à être remplacés par des TBI, véritablement européens, c'est-à-dire conclus par l'Union »⁸²⁰.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ L'Union Européenne n'a pas attendu l'insertion de l'IDE dans son domaine de compétence pour souscrire à des engagements en la matière. La Communauté européenne a contribué à l'élaboration du traité sur la charte de l'énergie de 1994. De même, la négociation des accords de l'OMC à laquelle l'UE a pris part comporte également des dispositions qui intéressent l'investissement international. Voir Alan Hervé, *L'Union Européenne comme acteur émergent du droit des investissements étrangers : pour le meilleur ou pour le pire ?*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

⁸¹⁸ Wenhua Shan, « Towards a common european Community policy on investment issues » (2001) JWIT, p.603-625; Joachim Karl, « The competence for foreign direct investment, new power for the European Union » (2004) JWIT, p.413-447.

⁸¹⁹ Parlement européen, *Approche européenne de la politique en matière d'investissement international après le traité de Lisbonne*, supranote 862.

⁸²⁰ Severine Menetrey, *Droit international des investissements et Droit de l'Union européenne*, Dans Charles Leben, *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, Paris, Pedone, 2015, p.632- 633.

En effet, la mise en place d'une politique commune des investissements n'est pas envisageable à court terme. Elle nécessite une période transitoire pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers. C'est l'objet du Règlement du Parlement européen et du Conseil « établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers »⁸²¹. Cette proposition vise à autoriser le maintien en vigueur de manière provisoire de tous les accords d'investissement existant entre des États membres et des pays tiers dans l'attente d'une politique européenne en la matière. Cette approche, qui permet une gestion évolutive de l'entrée en vigueur du traité, « permet de formuler et d'élaborer, par étapes une politique d'investissement de l'UE et d'éviter l'érosion potentielle des droits et des avantages dont jouissent les investisseurs. Elle n'empêche pas les États membres de modifier les TBI existants, mais leur impose de respecter leurs obligations communautaires et d'obtenir l'autorisation de la Commission pour chaque modification ou conclusion nouvelle »⁸²². L'Union européenne (UE) a ainsi amorcé un revirement en matière d'IDE pour une meilleure négociation des traités d'investissement. Cette avancée est le fruit d'une volonté, celle de se regrouper pour mieux défendre des préoccupations stratégiques.

La question est de savoir comment l'UE a pu intégrer l'IDE dans son corpus juridique?

L'UE est passée par le processus de transfert de compétences des États membres vers l'Union

⁸²¹ Règlement (UE) N°1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 Décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers, *Joué L 351 du 20 décembre 2012*, p.40-46. Voir aussi, Colin Brown et Maria Alcover Llubia, « The external investment policy of the european Union in the light of the entry into force of the Treaty of Lisbon », In *Yearbook on international investment law and policy (2010-2011)*, p. 145-163.

⁸²² Severine Menetrey, *Droit international des investissements et Droit de l'Union Européenne*, Opcit., supra note 869, p. 635.

premièrement pour ensuite envisager l'insertion de la nouvelle matière IDE dans sa politique commerciale commune (PCC). L'article 2 paragraphe 1 du TFUE dispose « lorsque les parties attribuent à l'UE une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union »⁸²³. Cet article prévoit ainsi un dessaisissement des États du domaine de l'IDE. La Cour de justice a reconnu que « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui ont été conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le traité », de même que « la Communauté ne dispose que des compétences d'attribution »⁸²⁴. S'agissant du transfert, il est « l'acte juridique consistant à faire passer des compétences ou leur exercice d'un organe à un autre au sein de la même entité ou d'un sujet du Droit international public à un autre, souvent à des organisations internationales »⁸²⁵. Le second mode de transfert qui retient notre attention a dû s'effectuer lors de la révision des traités constitutifs, en introduisant à la suite des négociations une nouvelle notion au sein du Traité sur les communautés européennes⁸²⁶. Le transfert de compétence permet à l'UE de disposer d'une base légale pour son action normative, devant s'établir sous la forme d'une politique commune. Le dessaisissement des États au profit de l'UE lui permet de se substituer à ses États membres pour devenir un acteur de premier plan du droit des investissements internationaux⁸²⁷.

⁸²³ Article 2 (1) Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)

⁸²⁴ Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), 28 mars 1996, avis 2/94, point 23.

⁸²⁵ Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.215.

⁸²⁶ Guillaume André Jean, *Le droit des investissements internationaux face à l'Union Européenne*, Thèse de doctorat, Université Paris Dauphine et Université Autonome de Madrid, 2016, p.43.

⁸²⁷ Valérie Michel, « La difficile formalisation des compétences – L'exemple des politiques relatives aux contrôles des frontières, à l'asile et à l'immigration », dans Chahira Boutayeb, Jean Claude Masclat, Stéphane Rodriguez, Hélène Ruiz Fabrice (dir) *Mélanges en l'honneur de Philip Manin*, L'Union européenne : Union de droit, union

Une fois la compétence transférée, l'exercice de cette dernière a nécessité la mise en œuvre d'une politique commune en matière d'IDE. Cette politique constitue le cadre au sein duquel cette compétence attribuée à l'UE pourra s'exercer et aboutir à une nouvelle modalité de production normative⁸²⁸. La nouvelle compétence en matière d'investissement international a été insérée au sein de la politique commerciale commune (PCC), qui est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union⁸²⁹. Les politiques communes de l'UE sont considérées comme « des domaines qui, en vertu d'un transfert de compétences consenti par les États membres à la communauté, font l'objet d'interventions déterminantes et directes des institutions communautaires et d'interventions concertées des États membres »⁸³⁰. Le principal effet de la politique commune est que « les règles et la politique arrêtée par l'autorité communautaire forment une politique unifiée qui est appelée à se substituer aux règles et politiques nationales antérieures »⁸³¹. A date, l'UE serait en quête d'une stratégie pour

des droits, Paris, Pedone, 2010, p.492; Valerie Michel, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, 2003, p.26.

⁸²⁸ Guillaume André Jean, *Le droit des investissements internationaux face à l'Union Européenne*, supra note 877, p.46.

⁸²⁹ La politique commerciale commune (PCC) 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, les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements directs étrangers, 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. L'article 25 du TFUE prévoit que la PCC doit être guidée par les principes généraux de l'action extérieure de l'Union, parmi lesquels la promotion de la démocratie et de l'état de droit, la contribution au développement économique, social et environnemental durable des pays en voie de développement.

⁸³⁰ Chahira Boutayeb et Stephane Rodrigues, « Le droit de l'Union européenne selon Philip Manin ou la victoire d'une modernité », dans Chahira Boutayeb, Jean Claude Masclat, Stephane Rodrigues, Hellène Ruiz Fabri (dir) *Mélanges en l'honneur de Philip Manin, l'Union Européenne : Union de droit, Union des droits*, supra note 878, pp. 7-30, p.9.

⁸³¹ *Ibid.*

opérationnaliser sa politique européenne globale en matière d'investissements directs étrangers⁸³².

Si le modèle de l'UE est une véritable source d'inspiration, il y a lieu de rappeler que l'OHADA n'est pas une organisation d'intégration régionale au même titre que l'UE qui est considérée comme le prototype du stade ultime de l'intégration régionale. L'intégration de l'IDE dans les compétences exclusives de l'UE résulte d'une évolution pour cette organisation qui désire mieux défendre les préoccupations européennes sur la scène internationale. L'UE se positionne ainsi de manière stratégique pour mieux faire face aux enjeux de la mondialisation qui nécessitent des réponses globalisées.

Dans le contexte des États parties à l'OHADA, l'asymétrie des pouvoirs étant forte, en l'occurrence dans le secteur des ressources naturelles, l'intégration de l'IDE en droit OHADA s'avère plus que pertinente. En s'inspirant de ce qui a été fait ailleurs, notamment, le modèle de l'UE, il est souhaitable que l'OHADA puisse aller bien au-delà pour rester fidèle aux préoccupations de ses États membres. Ces derniers, outre le morcellement du régime juridique de l'IDE, font également face à une asymétrie de pouvoirs lorsqu'ils doivent négocier les conditions d'admission de leurs investissements avec les investisseurs étrangers. Cette situation les place dans une position fragile pour défendre leurs priorités nationales de développement, leurs préoccupations d'intérêt général. La négociation des conditions d'admission de l'IDE dans l'espace OHADA doit ainsi faire l'objet d'uniformisation pour assurer aux États parties une protection efficace de l'intérêt général. Cette dernière nécessite également que l'OHADA puisse

⁸³² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux », 7 juillet 2010, COM (2010) 343 final.

négocier des TBI au nom et pour le compte de ses États membres, dans le but de renforcer leur flexibilité normative (en ce qui concerne la clarification de notions controversées comme l'expropriation indirecte). Cette thèse propose une uniformisation du cadre juridique de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA qui tiendra compte de la phase d'admission de l'IDE ainsi que la négociation de TBI avec des États tiers. Cela nécessitera, à l'instar du modèle européen, un transfert de compétence des États parties à l'OHADA en matière d'IDE.

2- Dans quelle mesure le rapatriement de compétences est-il possible en droit OHADA?

L'approche de l'UE s'est focalisée sur la négociation des accords d'investissement pour ses États membres. Ces accords incluent des enjeux de traitement ainsi que de protection de l'investissement et de règlement des différends qui pourraient naître entre les parties en présence. La question d'admission de l'IDE a été ainsi évacuée, on parlerait davantage de liberté d'établissement⁸³³. D'ailleurs, dans le cadre de son accord de libre-échange avec le Canada, l'article 8. 4 du texte de l'AECG consacré à « l'accès aux marchés », insiste sur la notion de liberté d'établissement et non de liberté d'admission. Selon les termes mêmes de l'accord, le principe du libre accès aux marchés réciproques concerne l'accès aux marchés par l'établissement d'un investisseur d'une Partie [...] sur le territoire d'un gouvernement national [...] ». Il semble résulter de cette disposition que le principe d'accès aux marchés réciproques ne s'applique pas aux conditions d'admission des investisseurs étrangers sur le territoire de

⁸³³ Pierre Didier, Michael Hann, Hervé Prince, Catherine Schmitter, Alexandre Thillier, *Politique commerciale commune, Comment J. Mégret*, 3^e édition, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2014.

l'autre Partie. La liberté d'accès aux marchés réciproques prend effet depuis l'établissement jusqu'à la liquidation de l'investissement.

Aux termes de l'article 8.4 de l'AECG, « les investisseurs bénéficient non pas du libre accès aux marchés de l'autre partie, mais plutôt du libre établissement. Le libre établissement des investisseurs étrangers est d'autant plus affirmé que le texte prévoit une interdiction totale pour les parties d'adopter ou de maintenir sur différents paliers territoriaux toutes formes de limitations aux investisseurs étrangers. Ces limitations concernent notamment le nombre d'entreprises pouvant mener des activités économiques sur le territoire de l'autre partie. Elles concernent également la possibilité pour les parties d'établir des limitations en termes de valeurs de transaction ou des avoirs des investisseurs étrangers. Ni la valeur des transactions ni les avoirs des investisseurs ne peuvent faire l'objet de contingents numérique ni d'examen des besoins économiques⁸³⁴. L'accord interdit aux parties de fixer un nombre total d'opérations ou une quantité totale d'extrants tout comme elles ne peuvent limiter la participation de capitaux étrangers, que cette participation étrangère soit faite sous la forme de pourcentage maximal ou de valeur totale de l'investissement. Enfin, l'accord interdit aux parties de limiter le nombre total de personnes physiques pouvant être employées dans un secteur en particulier ou le nombre de personnes physiques qu'une entreprise pourrait employer. Le principe de la liberté d'accès aux marchés réciproques implique également l'interdiction de restreindre ou de prescrire des types particuliers d'entités juridiques ou de coentreprise par l'intermédiaire desquelles une

⁸³⁴Affaires étrangères, Commerce et développement Canada, *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, Article 8.4.

entreprise peut réaliser une activité économique⁸³⁵. Les parties à l'AECG entendent ainsi faciliter les conditions d'établissement de l'investissement⁸³⁶. Or, l'établissement intervient après la phase de l'admission dont les règles et conditions seront déterminées en toute souveraineté par chacune des Parties. Tel constitue le modèle de l'UE en matière d'IDE qui demeure inspirant pour le droit OHADA.

Dans le modèle postulé et contrairement à la pratique post Lisbonne de l'UE, l'OHADA doit aller au-delà de la simple liberté d'établissement. L'organisation panafricaine devrait mener l'intégration juridique vers une uniformisation du cadre juridique de l'IDE, incluant la phase de l'admission de l'IDE. Or, étant donné l'attachement des États concernés à leur souveraineté nationale en matière d'IDE, se posera indubitablement la question du rapatriement des compétences comme ce fut le cas pour l'UE. Si l'on part de l'hypothèse que l'IDE fait partie intégrante de l'OHADA, il est clair qu'un transfert de compétences ne sera pas utile pour que l'organisation légifère sur l'IDE, pour autant qu'elle respecte l'étendue de ses compétences. De notre point de vue, l'IDE fait partie intégrante des objectifs que s'est assigné l'OHADA. L'organisation panafricaine pourrait ainsi décider d'intégrer cette nouvelle matière en adoptant un acte uniforme sur les investissements. Autrement dit, l'article 5 du traité OHADA insiste précisément sur le fait que le Conseil des ministres peut décider à l'unanimité d'inclure toute autre matière conformément à l'objet du traité. Le droit de l'IDE peut être cette nouvelle matière dans le cadre du processus d'harmonisation du droit des affaires dans l'espace OHADA. Si le Conseil des ministres décide d'inclure l'IDE dans le processus d'harmonisation, un acte

⁸³⁵ Hervé Prince, « Le droit matériel des investissements dans l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union Européenne : un modèle transposable pour une *lex mediterranea* des investissements », supra note 807, p.194.

⁸³⁶ *Ibid.*, p.193

uniforme (AU) sur les investissements règlera les investissements transnationaux entre États membres de l'OHADA ou entre les États membres et États non membres. Cet AU va englober essentiellement les règles d'admission de l'investissement, de protection ainsi que de traitement de l'IDE. L'uniformisation des codes nationaux d'investissement créera un seul code uniforme sur les investissements étrangers au niveau régional qui s'adresse aux États non membres. Il n'y a pas lieu d'opérer un transfert de compétences pour cela.

Le rapatriement de compétences en matière d'IDE des États parties vers l'OHADA sera nécessaire lorsqu'il s'agira de négocier des TBI au nom et pour le compte de ses États parties avec des États tiers. C'est ce qui a été effectué dans le cadre de l'Union européenne. Pour cela, il est important de déterminer la sphère de compétence de l'OHADA pour la conclusion de traités d'investissement. En tant qu'organisation internationale, l'OHADA dispose de la personnalité juridique qui lui permet d'être distinguée de ses États membres. L'article 46 du traité de l'OHADA stipule qu'« elle a la pleine personnalité juridique internationale. Elle a en particulier la capacité : de contracter; d'acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer; et d'ester en justice ». De la manière dont un État possède les prérogatives pour négocier des traités, de cette même façon, des États peuvent se regrouper au sein d'une organisation internationale pour pouvoir négocier des traités, conventions et autres. L'organisation internationale va ainsi agir au nom et pour le compte des États qui lui ont conféré cette prérogative. L'OHADA ne pourra de ce fait conclure de traités que si ses États membres lui transfèrent une partie de leur souveraineté ou lui confèrent en ce sens des prérogatives. Or, l'OHADA ne possède pas les prérogatives nécessaires à date pour pouvoir conclure des TBI avec des États tiers. L'OHADA a pour mandat d'harmoniser les législations internes de ses États

membres conformément à l'article 1^{er} du traité. La négociation d'un TBI avec des États tiers nécessite dès lors une révision du traité OHADA⁸³⁷.

La révision du traité devient incontournable pour permettre à cette organisation de pouvoir négocier des TBI pour ses États membres avec des États tiers. La révision du Traité est une procédure plus complexe et plus longue par rapport à celle de l'adoption d'un Acte Uniforme. L'article 61 du Traité OHADA modifié à Québec stipule que « le Traité peut être amendé ou révisé si un État partie envoie, à cet effet, une demande écrite au Secrétariat permanent de l'OHADA qui en saisit le Conseil des ministres. Le Conseil des ministres apprécie l'objet de la demande et l'étendue de la modification. L'amendement ou la révision doit être adopté dans les mêmes formes que le Traité à la diligence du Conseil des ministres »⁸³⁸. La révision du Traité de Port Louis qui est intervenue une fois à Québec a institué une conférence des Chefs d'État et de gouvernement statuant sur toute question relative au Traité, et dont l'article 27 dispose que : « la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement est composée des chefs d'État et de gouvernement des États partie. Elle est présidée par le Chef de l'État ou de gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des ministres. Elle se réunit en tant que de besoins sur convocation de son président, à son initiative ou à celle du tiers des États parties. Elle statue sur toute question relative au Traité. La Conférence ne délibère valablement que si les deux tiers des États parties sont représentés. Les décisions de la Conférence sont prises par consensus ou à défaut à la majorité absolue des États présents »⁸³⁹.

⁸³⁷ Sisi Sun, *The China OHADA BIT, a step in the right direction: a new model of China- Africa BIT at a regional or sub regional level*, Thèse de doctorat, Université de Montreal, 2018.

⁸³⁸ Article 16 du Traité de Port Louis du 17 Octobre 1993 modifié par le Traité de Québec du 17 Octobre 2008, consultable en ligne, <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Traite-OHADA-modifie-2008.pdf>.

⁸³⁹ Article 27 du Traité OHADA, en ligne <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Traite-OHADA-modifie-2008.pdf>.

Il est clair que la procédure d'adoption d'un Acte uniforme est plus simple que celle de la révision du traité. L'article 6 du Traité OHADA dispose que « les Actes Uniformes sont préparés par le Secrétariat permanent en concertation avec les gouvernements des États parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des Ministres après avis de la Cour commune de justice et d'arbitrage ». Les projets d'AU sont communiqués par le Secrétariat permanent (SP) aux États parties qui disposent d'un délai de quatre-vingt-dix jours pour faire leurs observations. A l'expiration de ce délai, le projet d'AU accompagné des observations des États parties ainsi que du rapport du Secrétariat Permanent, est transmis à la CCJA pour avis. Cette dernière dispose de soixante jours dont l'expiration amène le SP à mettre au point le texte définitif du projet d'AU, dont il propose l'inscription à l'ordre du jour du prochain Conseil des Ministres⁸⁴⁰. L'article 8 du Traité OHADA dispose que « l'adoption des AU par le conseil des ministres requiert l'unanimité des représentants des États parties présents et votants. L'adoption des AU n'est valable que si les deux tiers au moins des États parties sont représentés. L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des AU ». De la lecture de ces articles, il est plus aisé de réunir des ministres que des chefs d'État pour la révision du Traité.

La révision du traité OHADA reste ainsi plus que pertinente dans la mesure où l'OHADA ne possède pas les prérogatives pour négocier des traités d'investissements avec des États tiers. Pour ce faire, ses États membres doivent la lui conférer en permettant une révision du traité fondateur. Advenant cette révision du traité, sur quels piliers devrait reposer l'uniformisation postulée des règles applicables en matière d'IDE.

⁸⁴⁰ Article 7 du Traité OHADA.

B- Vers une uniformisation des procédures d'admission et de protection de l'IDE en droit OHADA

Le choix du terme uniformisation n'est pas fortuit dans la mesure où le processus d'intégration juridique de l'OHADA relève davantage d'une uniformisation que d'harmonisation ou d'unification⁸⁴¹. Les piliers de l'uniformisation du régime juridique de l'IDE dans le tissu normatif de l'OHADA se focalisent sur les procédures d'admission (1) et sur les règles de protection (2).

1) Les règles et procédures d'admission de l'IDE

Unifier les règles et procédures d'admission de l'IDE est une tâche complexe en raison des dynamiques liées à la souveraineté des États, notamment, dans l'espace OHADA. Si l'Union européenne ne s'y est pas prêtée, il vise à répondre aux réalités sociales, économiques et même politiques des États en question ainsi qu'à faire face aux enjeux mondiaux auxquels les pays membres de l'OHADA sont actuellement confrontés⁸⁴². Le paragraphe 1 de ce chapitre nous a démontré que les politiques d'admission de l'IDE des États membres de l'OHADA sont éparpillées dans les législations nationales de chaque État membre. Il a aussi mis en exergue la faible corrélation entre les politiques d'admission de l'IDE et la protection de l'intérêt général. Or, nous pensons que la détermination des conditions d'admission de l'IDE par chaque État membre de l'OHADA constitue un atout indéniable pour orienter les investissements en

⁸⁴¹ Se référer à la prochaine section pour plus d'informations à ce sujet.

⁸⁴² Eleftheria Neframi, « La politique commerciale commune selon le traité de Nice », *CDE*, 2001, p.605 et s.; Paul Demaret, « La politique commerciale : perspectives d'évolution et faiblesses présentes », *Dans* J. Schwarze, H. Schermers (ed.), *Structure and Dimensions of European Community Policy*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 71 et s.; Marc Fallon et Anne Claire Simon, « Le renouvellement des politiques de l'Union européenne dans le traité de Lisbonne » *RAE-LEA*, 2007-2008, p.243 et s.

fonction des priorités nationales de développement. Cependant, puisque ces États doivent faire face au défi de l'asymétrie de pouvoirs et de rapports de force inégaux, le transfert de compétence en matière d'IDE vers l'OHADA serait une opportunité unique pour cette dernière d'y dresser les balises d'une meilleure protection de l'intérêt général. L'OHADA pourrait mieux pallier l'asymétrie de pouvoirs de négociation qui limite les capacités de ses États membres à préserver l'intérêt général de leurs populations.

Pour ce faire, l'uniformisation des règles et procédures d'admission de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA se focalisera sur les enjeux de protection de l'intérêt général. Les questions de développement durable, de développement local et de protection des droits de l'homme des projets d'investissement particulièrement dans le secteur minier seront au cœur des jalons proposés dans cette recherche. À cet effet, s'il faut rappeler que les politiques d'admission de l'IDE des États membres de l'OHADA reposent majoritairement sur une politique à la fois incitative et sélective⁸⁴³, l'aspect incitatif prédomine. La partie sélective se limite à évaluer essentiellement les projets d'investissement selon la valeur ajoutée qui est apportée par l'investisseur. Si nous prenons l'exemple sur le contexte malien, le code des investissements vise principalement les entreprises justifiant « un taux de valeur ajoutée directe minimum », la valeur ajoutée directe étant l'élément fondamental pour l'appréciation des projets d'investissement⁸⁴⁴. L'article 19 du Décret n° 2012 - 475/P-RM du 20 août 2012 fixant les modalités d'application de la loi n° 2012 - 016 du 27 février 2012 portant Code des investissements

⁸⁴³ Errecarte Travieso de Marchetti et Maria Marta, *Les incitations aux investissements internationaux: aspects juridiques*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 2000.

⁸⁴⁴ L'article 3 alinéa 1 et 2 de la loi n°2012-016 du 27 Février 2012 portant Code des investissements du Mali dispose que « 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 ».

dispose que « la valeur ajoutée directe est l'élément fondamental pour l'appréciation des projets soumis à l'agrément du code des investissements. La valeur ajoutée d'une entreprise est définie comme la somme des éléments suivants du compte d'exploitation :

- a) les frais personnels
- b) les impôts et taxes;
- c) les dotations aux amortissements;
- d) les frais financiers;
- e) les bénéfices bruts d'exploitation

Son taux minimum accepté est de 35 % du chiffre d'affaires ».

L'article 20 du même décret malien dispose que « les éléments d'appréciation autres que celui défini à l'article 19 ci-dessus et dont il sera fait usage lors de l'examen et l'évaluation des demandes d'agrément sont les suivants :

- les avantages que l'investissement est susceptible d'apporter à l'État, aux entrepreneurs nationaux et aux consommateurs;
- l'apport en financement extérieur;
- et les effets sur l'environnement »⁸⁴⁵.

Il faut comprendre que c'est le critère économique qui prédomine pour l'acceptation des projets d'investissement sur le territoire malien, la question de la protection de l'environnement y apparaît en second et dernier rang. Les enjeux de protection des droits de l'homme n'y apparaissent guère. La même situation est notable dans la majorité des États membres de l'espace OHADA. C'est ainsi que l'article 14 de la loi n° 2012 - 01 du 20 janvier 2012 portant Code des investissements du Togo dispose que « les entreprises exerçant ou

⁸⁴⁵ Article 20 du Décret n°2012- 475/P-RM du 20 Août 2012 fixant les modalités d'application de la loi N°2012-016 du 27 Février 2012 portant Code des investissements.

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, sous réserve que le projet d'investissement réponde aux critères visés ci-après :

- le programme d'investissement doit être supérieur à cinquante millions (50.000.000) millions de francs CFA et être réalisé dans le cadre du régime de déclaration ou du régime d'agrément visé au chapitre V.
- l'obligation de réserver la majorité des emplois permanents en priorité aux nationaux ».

Bien que le critère économique soit prédominant dans l'évaluation et l'acceptation des projets d'investissement sur le territoire des États de l'espace OHADA, il n'est pas pour autant exclusif. Certaines législations nationales sont plus avancées que d'autres en matière de protection de l'environnement et des droits de l'homme. L'article 8 alinéa 1^{er} de la loi n° 07-2010 du 29 janvier 2010 portant code des investissements du Burkina Faso dispose que « les investissements productifs sont librement effectués au Burkina Faso sous réserve des dispositions spécifiques visant à respecter la politique économique et sociale de l'État, notamment la protection de la santé et de la salubrité publique, la protection sociale et la sauvegarde de l'environnement ». Le code des investissements de la Côte d'Ivoire va plus loin lorsqu'il dispose en vertu de l'article 25 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 connus dans la norme ISO 26000. 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 »⁸⁴⁶.

Cette évolution positive des considérations liées à la protection de l'intérêt général dans les législations d'investissement des États membres de l'OHADA demeure perfectible et justifierait l'intervention de l'OHADA qui uniformiserait les codes existants dans le but de pallier l'asymétrie de pouvoirs de négociation. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) relevait dans son dernier rapport que « même si la plupart des pays souhaitent attirer et faciliter les investissements étrangers (...), nombre de pays renforcent leurs dispositions réglementaires applicables aux investissements étrangers »⁸⁴⁷. Cette consolidation des réglementations nationales à l'égard de l'investissement étranger se caractérise également par un resserrement des procédures de vérification et de contrôle. Les projets d'investissement doivent être agréés dans les États membres de l'OHADA selon leurs priorités nationales de développement en mettant l'accent sur le développement local, les secteurs prioritaires d'investissement, le transfert de compétence et de technologie, la création d'emplois au profit des populations. Si de tels objectifs transparaissent dans la plupart des législations de cette zone d'Afrique, cela reste perfectible.

Dans le contexte malien, une étude sur la relecture du code des investissements au Mali a mis en exergue « l'importance d'affirmer clairement le lien entre l'investissement et la promotion d'un développement économique durable (transfert de technologie et de

⁸⁴⁶ Article 25 de l'Ordonnance N°2012- 487 du 07 Juin 2012 portant Code des investissements de la Côte d'Ivoire, en ligne <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/cote-divoire/RCI-Code-2012-des-investissements.pdf>.

⁸⁴⁷ Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), Rapport sur l'investissement dans le monde, 2013 - vue d'ensemble. Les chaînes de valeur mondiales : l'investissement et le commerce au service du développement, New York et Genève, 2013.

compétences, création d'emplois, participation sociale des populations locales...) et du rôle crucial joué par les PME et PMI dans le code »⁸⁴⁸. Elle a aussi insisté sur la pertinence de cibler des secteurs stratégiques pour l'économie nationale nécessitant des investissements. Autrement dit, le secteur agricole ainsi que l'agro-industrie au Mali constituent un secteur clé de l'économie malienne. Malheureusement, ce secteur ne fait pas l'objet de mesures incitatives particulières en vue d'y attirer davantage d'investisseurs pour résoudre la question de la sécurité alimentaire⁸⁴⁹. Le Burkina Faso a bien compris l'importance du secteur agricole dans la mesure où l'article 6 de son code des investissements dispose qu'« il existe quatre régimes privilégiés définis comme suit : (...). Toutefois, 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 »⁸⁵⁰. L'État burkinabè contribue ainsi à promouvoir et à privilégier le secteur agricole par rapport aux autres secteurs de l'économie nationale.

Concilier l'ouverture aux capitaux étrangers avec les objectifs nationaux de préserver dans le giron national des secteurs jugés stratégiques est une tendance qui se généralise sur le plan mondial. À ce titre, le Canada, bien que considéré par l'OCDE⁸⁵¹ comme l'un des pays le plus restrictif au monde en matière d'IDE, a adopté une Loi sur l'investissement (LIC) ayant pour vocation de promouvoir l'IDE couplé à une maîtrise de son admission⁸⁵². Le régime établi

⁸⁴⁸ Rapport final sur la relecture du code des investissements pour l'API- MALI, CESS Institute, juin 2017, http://www.finances.gouv.ml/sites/default/files/PAGE_10_Relecture%20code%20investissement_juin2017.pdf, consulté le 23 août 2018.

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ L'article 6 de la Loi n°62/95/ADP du 14 décembre 1995 portant Code des investissements, modifié par la loi n°15-1997 du 17 avril 1997, la loi de finances pour 2009 et la loi n°07-2010 du 29 janvier 2010.

⁸⁵¹ Hervé PRINCE et Stéphane ROUSSEAU, « La loi sur Investissement Canada à l'épreuve de l'attractivité, contribution à la modernisation du cadre juridique canadien de l'investissement » (2016) 94 *Revue du Barreau canadien* 111-147.

⁸⁵² Loi sur Investissement Canada, L.R.C (1985) ch. 28 (1^{er} Suppl.); Derek H Burney et Kevin D Ackhurst, « Canadian protectionism? Political and legal considerations for foreign investment in Canada », option politique,

par la LIC distingue principalement deux types d'opérations, celles « faites par des non canadiens dans le but, soit de constituer une nouvelle entreprise canadienne, soit d'acquérir le contrôle d'une nouvelle entreprise canadienne. Ce type d'investissement fait simplement l'objet d'un avis d'investissement auprès du directeur de l'investissement. Ensuite, les investissements faits par des non-Canadiens dans le but d'acquérir le contrôle d'une entreprise canadienne feront l'objet d'un examen lorsque la valeur des actifs de l'unité qui exploite l'entreprise canadienne et de toutes les autres unités au Canada dont le contrôle est acquis directement ou indirectement est supérieure à une valeur seuil »⁸⁵³. Lorsque la valeur seuil est atteinte, l'investisseur doit présenter une demande d'examen de cette acquisition⁸⁵⁴.

En vertu de la LIC, un IDE qui est assujéti à un examen n'est admissible que si le ministre considère qu'il est à l'avantage net du Canada⁸⁵⁵. L'examen est effectué par la Direction générale de l'examen des investissements qui relève du ministre de l'industrie. Le ministre prend sa décision au regard des informations, engagements écrits et observations de l'investisseur étranger⁸⁵⁶. Si les critères de la LIC ont trait principalement aux enjeux économiques, une telle clause aura l'avantage de concilier les préoccupations économiques avec les objectifs de développement durable. L'article 20 de la LIC prévoit une liste de facteurs que le gouvernement canadien doit prendre en considération pour déterminer si l'investissement

novembre 2011, p.58 a 60; Lawrence L Herman, « Investment review in Canada: We can do better» (2011) 4:10 SPP Research Papers 1 a la p.4.

⁸⁵³ Article 14 LIC

⁸⁵⁴ Hervé Prince, « L'admission des investissements directs étrangers au Canada à l'ère de l'Accord économique et commercial global Canada-Europe », Dans Hervé Prince, Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG), esprit et dynamique d'un bilatéralisme nouveau, Montréal, Yvon Blais, 2017, p.38.

⁸⁵⁵ Article 21 LIC

⁸⁵⁶ Hervé Prince, « L'admission des investissements directs étrangers au Canada à l'ère de l'Accord économique et commercial global Canada-Europe » supra note 854.

projeté est à l'avantage net du Canada : « a) l'effet de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada, notamment sur l'emploi, la transformation des ressources, l'utilisation des pièces et d'éléments produits et de services rendus au Canada et sur les exportations canadiennes; b) l'étendue et l'importance de la participation de Canadiens dans l'entreprise canadienne ou la nouvelle entreprise canadienne en question et dans le secteur industriel canadien dont cette entreprise ou cette nouvelle entreprise fait ou ferait partie; c) l'effet de l'investissement sur la productivité, le rendement industriel, le progrès technologique, la création de produits nouveaux et la diversité des produits au Canada; d) l'effet de l'investissement sur la concurrence dans un ou plusieurs secteurs industriels au Canada; e) la compatibilité de l'investissement avec les politiques nationales en matière industrielle, économique et culturelle, compte tenu des objectifs de politique industrielle, économique et culturelle qu'ont énoncés le gouvernement ou la législature d'une province sur laquelle l'investissement aura vraisemblablement des répercussions appréciables; f) la contribution de l'investissement à la compétitivité canadienne sur les marchés mondiaux »⁸⁵⁷.

À l'instar du modèle canadien et en s'inspirant de la tendance mondiale liée au patriotisme économique, l'OHADA est appelée à renouveler son cadre juridique en unifiant les règles d'admission de l'IDE de ses États membres. Cela permettrait de leur assurer de meilleures perspectives d'investissement et de contribuer à une meilleure protection de l'intérêt général. Outre la nécessité de l'uniformisation des règles applicables à l'admission de l'IDE, celle des règles de protection s'avère également capitale pour la sauvegarde de l'intérêt général.

2- L'uniformisation des règles de protection de l'IDE

⁸⁵⁷ Article 20 de la LIC

Les règles de protection de l'IDE doivent également faire l'objet d'uniformisation en droit OHADA en raison de la problématique liée au pouvoir souverain de réglementation des États parties à l'OHADA dans les cas d'expropriation indirecte. Ces derniers ont été impliqués dans de nombreux conflits au centre international pour le règlement des différends en matière d'investissement (CIRDI) sans compter les coûts faramineux que cela exige de ces États⁸⁵⁸. D'autre part, cette uniformisation est souhaitable au regard de la similarité des dispositions relatives à la protection de l'investissement dans les législations et traités d'investissement des États parties à l'OHADA. Les traités d'investissement signés par les États membres de l'OHADA et leurs codes nationaux d'investissement ou codes miniers accordent presque tous de semblables avantages ainsi que les mêmes garanties. L'article 4 du code des investissements du Sénégal dispose que « 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, légalement prévue. Le cas échéant, l'entreprise bénéficiera d'une juste et préalable indemnisation »⁸⁵⁹. Dans la même logique, l'article 10 de l'accord de promotion et de protection des investissements entre le Mali et le Canada dispose qu'« aucune des Parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé, directement ou indirectement au moyen de mesures équivalant à une nationalisation ou à une expropriation (l'« expropriation »), sauf si son action vise des fins d'intérêt public, respecte le principe de l'application régulière de la loi, est exempte de discrimination et s'accompagne d'une indemnisation conformément aux

⁸⁵⁸Commission économique pour l'Afrique, Politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique, Implications pour l'intégration régionale, supra note 717.

⁸⁵⁹ Article 4 de la Loi N°2004 du 06 Février 2004 portant code des investissements du Sénégal.

paragraphe 2 et 3. Il est entendu que le présent paragraphe doit être interprété conformément à l'annexe B.10 »⁸⁶⁰.

L'uniformisation des règles de protection s'avère ainsi incontournable et constituerait le changement de paradigme souhaité dans le contexte des États membres de l'OHADA. Elle permettrait de cristalliser les avantages consentis aux investisseurs étrangers ainsi que de les responsabiliser face aux obligations qui leur incombent vis-à-vis de l'État hôte. Une nouvelle génération de politiques d'investissement qui répond aux préoccupations spécifiques des États devrait inspirer les pays membres de l'OHADA. Cette nouvelle génération de politiques d'investissement va intégrer la nécessité du rééquilibrage du droit actuel des investissements en mettant à la charge des investisseurs étrangers certaines obligations⁸⁶¹. L'uniformisation des

⁸⁶⁰ L'article 10 de l'accord de promotion et de protection des investissements entre le Canada et le Mali, dispose que : «

- Aucune des Parties ne peut nationaliser ou exproprier un investissement visé, directement ou indirectement au moyen de mesures équivalant à une nationalisation ou à une expropriation (l'« expropriation») sauf si son action vise des fins d'intérêt public, respecte le principe de l'application régulière de la loi, est exempte de discrimination et s'accompagne d'une indemnisation conformément aux paragraphes 2 et 3. Il est entendu que le présent paragraphe doit être interprété conformément à l'annexe B.10.
- Cette indemnisation est équivalente à la juste valeur marchande qu'avait l'investissement exproprié immédiatement avant l'expropriation (la « date d'expropriation »), et ne reflète aucun changement de valeur dû au fait que l'expropriation envisagée était déjà connue. 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 permettant de déterminer la juste valeur marchande, selon le cas.
- L'indemnisation est versée sans délai et est pleinement réalisable et librement transférable. L'indemnisation est payable dans une monnaie librement convertible et inclut des intérêts calculés selon un taux commercial raisonnable pour cette monnaie à compter de la date d'expropriation jusqu'à la date de paiement.
- L'investisseur concerné a le droit, en vertu du droit de la Partie qui procède à l'expropriation, à une prompt révision de son cas ainsi qu'à l'évaluation de son investissement par une autorité judiciaire ou autre autorité indépendante de cette Partie conformément aux principes énoncés dans le présent article.
- Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à la concession de licences obligatoires relativement à des droits de propriété intellectuelle ni à la révocation, à la restriction ou à la création de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où cette concession, révocation, restriction ou création est conforme à l'Accord sur l'OMC ». Voir en ligne <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/mali-agreement.aspx?lang=fra#a1>, consulté le 25 janvier 2016.

⁸⁶¹ Walid Ben Hamida, « L'opportunité d'adopter un acte uniforme sur les investissements », dans Hugues Kenfack, *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et Compétitivité*, supra note 768.

règles de protection de l'IDE dans l'espace OHADA devrait certes, reprendre les avantages et garanties accordés par les États parties de l'OHADA sur le plan national et conventionnel en termes de traitement national, de traitement de la nation la plus favorisée (NPF), de traitement juste et équitable, les garanties d'une indemnisation prompte, adéquate et effective en cas d'expropriation et le libre transfert de capitaux. Toutefois, il ne devrait pas occulter la clarification des règles dans la nouvelle génération de politiques d'investissement qui énonce des obligations à la charge des investisseurs en termes de respect du droit local, de la réglementation relative à l'environnement, aux droits de l'homme⁸⁶².

Les accords économiques de nouvelle génération renvoient en ce qui concerne les règles de traitement et de protection de l'IDE, aux principes de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE), lesquels devraient être pris en compte par le droit OHADA. Par rapport à l'expropriation indirecte, objet de nombreux litiges en matière d'investissements, les États membres de l'OHADA devraient par le biais de l'uniformisation, mieux définir les règles y applicables. Ils devraient formuler en des termes clairs et précis les cas dans lesquels l'État pourrait intervenir en termes de législations protectrices de l'environnement, des enjeux du développement ou bien encore de protection des droits de l'homme. À l'instar d'une tendance mondiale en termes de clauses expresses d'expropriation indirecte, le droit OHADA est censé s'enrichir de ces différentes réformes. Les parties à l'AECG ont tenté de baliser de manière stricte les conditions ainsi que les conséquences de l'expropriation indirecte. La question de savoir si une mesure d'une Partie constitue ou non une expropriation indirecte doit faire l'objet

⁸⁶² Hervé Prince, « Le droit matériel des investissements dans l'Accord économique et commercial global : un modèle transposable, pour une *lex mediterranea* des investissements », Dans Filali Osman, *Vers une lex mediterranea des investissements*, supra note 804.

d'une enquête factuelle au cas par cas. L'enquête prendra en compte, entre autres, les effets économiques de la mesure, leur durabilité, leur nature, le contexte, l'intention ainsi que l'étendue de l'atteinte portée à l'investissement⁸⁶³. L'AECG reconnaît manifestement qu'une mesure excessive, mais non discriminatoire, pourrait être adoptée par les Parties dans un but légitime de protection du bien être public, de santé publique, de sécurité publique ou encore de l'environnement. Dans le cadre de l'expropriation indirecte, l'investisseur doit, en plus de démontrer que la mesure étatique a eu les effets d'une expropriation, démontrer l'intention dolosive de l'État⁸⁶⁴.

La volonté manifeste de limiter l'étendue de l'expropriation indirecte se retrouve également dans d'autres pays notamment au Canada et aux États-Unis. Le modèle de Traités d'investissement de type américain aborde la question de l'expropriation indirecte et le droit de réglementer. Ce modèle de TBI américain affirme que « sauf dans des circonstances exceptionnelles, les actions réglementaires non discriminatoires prises par une Partie et qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes d'intérêt public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes »⁸⁶⁵. Dans leurs Traités d'investissements, le Canada et les États-Unis mettent l'accent sur trois critères pour déterminer l'expropriation indirecte :

- The economic impact of measure;
- The interference with investment backed expectations and
- The character of a governmental action⁸⁶⁶.

⁸⁶³ *Ibid.*

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p.257.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ *Ibid* à la p 210.

La détermination de critères clairs en vue d'une qualification de l'expropriation indirecte dans le cadre de traités d'investissement limite la marge de manœuvre des arbitres lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur cette question. Elle symbolise un garde-fou aux interprétations extensives et souvent partisans de quelques arbitres lors de différends opposant un État à une entreprise multinationale. Les affaires *MetalClad*⁸⁶⁷ et *Santa Elena*⁸⁶⁸ illustrent des situations de remise en cause fondamentale par les arbitres du pouvoir souverain des États à légiférer en vue d'assurer la protection de l'intérêt général. Si certains pays ont pu adopter de telles précautions, il serait opportun pour l'OHADA d'aller dans ce sens pour mieux protéger l'intérêt général de ses États membres. En réaménageant les règles de protection de l'IDE en droit OHADA en fonction de la sauvegarde de l'intérêt général, cela permettrait assurément de mieux contrôler les litiges dans de nombreux cas d'expropriation indirecte. Des règles claires et précises élaborées en fonction des priorités nationales de développement apparaissent comme un gage de réussite pour les États membres de l'OHADA.

Aux termes de cette première section, force est de reconnaître la nécessité d'une uniformisation de l'IDE dans l'ossature juridique de l'OHADA au regard des insuffisances que présente le régime juridique des investissements. Au-delà du morcellement, le droit positif de l'IDE dans l'espace OHADA entretient une situation d'asymétrie des pouvoirs de négociation qui empiète sur une protection efficace et effective de l'intérêt général. Le poids des rapports de force inégaux ne permet pas aux États de faire face isolément avec les entreprises transnationales. Les préoccupations d'intérêt général ne peuvent s'épanouir dans un

⁸⁶⁷ *Metalclad Corporation c Mexique* N°ARB/AF/97/1, sentence CIRDI du 30 Août 2000, ALENA, §.29, §35, §43.

⁸⁶⁸ *Compania del desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica*, N°ARB/96/1, Sentence CIRDI du 17 Février 2007, §71-72.

environnement éclaté entre lois nationales d'investissement, traités d'investissement ou organisations d'intégration régionale concurrentes. Elles doivent s'affranchir des pesanteurs essentiellement incitatives et promotrices de l'investissement international. C'est compte tenu de ces enjeux que la voie de l'uniformisation de l'IDE s'est fait une place en se focalisant sur les règles d'admission et de protection de l'IDE. Cependant, il nous apparaît important d'appréhender les modalités de mise en œuvre des mécanismes de protection de l'intérêt général. L'uniformisation des règles d'admission et de protection de l'IDE qui a été préconisée dans cette recherche permettra lors de sa mise en œuvre de renforcer les mécanismes de protection de l'intérêt général des États membres de l'OHADA. La question de l'effectivité devient ainsi capitale et c'est à cette analyse que nous nous attèlerons dans la prochaine section.

Section 2 : Les modalités de mise en œuvre des mécanismes de protection de l'intérêt général dans l'espace OHADA

L'OHADA est perçue comme un outil de consolidation des mécanismes de protection de l'intérêt général (§1), dans la mesure où, au-delà de son caractère atypique, la réglementation unique et directement applicable dans le droit interne de ses États membres qu'elle permet d'instituer, en fait un cadre incontournable pour une uniformisation du régime juridique de l'IDE. Le renforcement des mécanismes d'effectivité de la protection de l'intérêt général dans son corpus juridique devient dès lors nécessaire. Celui-ci passera par déterminer la ou les compétences de l'OHADA par rapport aux autres mécanismes juridiques nationaux et régionaux en matière de réglementation de l'IDE. Cette thèse prône ainsi un partage de compétences avec les autres instruments juridiques existants. D'autre part, uniformiser le régime juridique de l'IDE dans la charpente juridique de l'OHADA ne sera effectif sans une uniformisation des

modes de règlement des différends (§2). En la matière, la Cour commune de justice et d'arbitrage ne devrait-elle pas s'adapter aux impératifs de l'arbitrage d'investissement.

Paragraphe 1 : L'OHADA comme outil de consolidation des mécanismes de protection de l'intérêt général

Pour bien appréhender l'OHADA en tant qu'outil de consolidation des mécanismes de protection de l'intérêt général, il importe de mettre en exergue les atouts de cette organisation qui passe par son atypisme et le franc succès qu'elle connaît (A). Outre ses atouts, les Actes uniformes qu'elle institue en fait un cadre incontournable pour une uniformisation réussie du régime juridique de l'IDE (B).

A- Retour sur le caractère atypique de l'OHADA

L'OHADA est une organisation d'intégration jugée parfois d'atypique⁸⁶⁹. Elle n'est effectivement pas un modèle d'intégration régionale classique. Premièrement, l'OHADA est une organisation interétatique ayant pour objectif de réaliser une intégration juridique de ses États membres. Bien que l'économie demeurant son champ d'expression, l'OHADA n'a pas pour ambition ultime d'instituer une intégration régionale économique en toute conformité avec les articles XXIV du GATT de 1994, V de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), ou des préférences commerciales découlant de la Clause d'habilitation⁸⁷⁰ qui sont des

⁸⁶⁹ Hervé Prince, « Quelle place réserver à l'investissement direct étranger dans le droit OHADA? Réflexions à partir des expériences européenne et nord-américaine » supra note 844.

⁸⁷⁰ Les accords d'intégration économique sont généralement appelés des « accords commerciaux régionaux » (ACR). Il s'agit d'accords commerciaux réciproques conclus entre deux ou plusieurs partenaires commerciaux. En général, ils prennent soit la forme d'accord de libre-échange ou d'union douanière. Les formes les plus avancées peuvent déboucher sur les unions politiques comme c'est le cas de l'Union européenne. Les accords d'intégration économique reposent sur le fondement des articles XXIV du GATT de 1994 s'agissant du commerce des marchandises et de l'article V de l'Accord général sur le commerce des services pour ce qui concerne le commerce

mesures adoptées dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁸⁷¹. Un modèle spécifique d'intégration juridique se dessine avec l'OHADA : « on ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes juridiques communs, on cherche l'intégration juridique pour faciliter les échanges et les investissements ainsi que garantir la sécurité juridique des activités des entreprises »⁸⁷².

L'OHADA n'est donc pas une union économique et monétaire produisant du droit uniforme à l'instar des nombreuses organisations d'intégration sous régionale en Afrique telles que l'union économique et monétaire ouest africain (UEMOA) ou la Communauté économique et monétaire des États d'Afrique centrale (CEMAC). Ces dernières sont des espaces économiques et monétaires intégrés harmonisant les règles juridiques sur des questions précises⁸⁷³. L'OHADA est avant tout « un outil technique de sécrétion du droit pour les besoins des États et des communautés économiques et monétaires, même si, in fine un espace juridique se construit »⁸⁷⁴. Elle n'est pas un espace économique intégré. Pour reprendre Johnson, « dans cette famille d'abeilles que constituent les institutions régionales d'intégration économique africaine, l'OHADA joue tout juste le rôle de l'ouvrier chargé d'apporter les matériaux, les autres

des services. De plus, ces accords commerciaux peuvent également se traduire par des accords préférentiels incluant le système généralisé des préférences, aux termes desquels des pays développés accordent des préférences commerciales à des pays en développement. Ces derniers accords ont pour fondement juridique, la clause d'habilitation ou « Traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement » datant de 1979. L'ensemble de ces textes sont consultables sur le site de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), en ligne : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm (17 novembre 2015).

⁸⁷¹ Organisation mondiale du commerce (OMC), en ligne : <https://www.wto.org/indexfr.htm>, consulté le 4 décembre 2015.

⁸⁷² Paul Gérard Pougoué, « OHADA, instrument d'intégration juridique » (2011) 2 : 2 Rev Afr Sci Jurid p.11 et suivant.

⁸⁷³ Paul Gérard Pougoué et Elongo Kalieu Rachel-Yvette, Introduction critique à l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 2008.

⁸⁷⁴ André Akam Akam, *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, coll Harmathèque.com, Paris, Harmattan, 2009.

institutions se chargeant des autres rôles vitaux (l'édification, la maintenance, la défense [...])
»⁸⁷⁵. La question est de savoir si une telle œuvre unificatrice ou harmonisatrice demeure pertinente dans le contexte africain? Si une majeure partie de la doctrine convient de l'utilité d'une telle institution en Afrique et témoigne de son succès, quelques auteurs restent sceptiques quant à son potentiel à l'heure actuelle de soutenir le développement économique dans ses États parties⁸⁷⁶.

Partant de ce qui précède, il apparaît important de revenir sur cette institution et de comprendre le contexte dans lequel elle a été créée avant de faire ressortir la singularité de l'OHADA. L'OHADA regroupe dix-sept États parties ayant décidé de faire face à l'insécurité juridique et judiciaire qui se manifestait dans leur région⁸⁷⁷. Cette insécurité juridique et judiciaire ralentissait également les flux d'investissements internationaux nécessaires pour son envol économique. Avec la mondialisation qui exige « l'harmonisation des droits et des pratiques du droit, l'OHADA est à la fois facteur de développement économique et moteur de l'intégration régionale »⁸⁷⁸. L'Afrique subsaharienne ne voulant pas rester en marge de la mondialisation, a mis en place l'OHADA⁸⁷⁹. Cette institution s'est dotée d'un arsenal juridique

⁸⁷⁵ Kwawo Lucien Johnson, *Philosophie économique et stratégie de l'OHADA*, www.ohada.com, ohadata D-04-09, p.10.

⁸⁷⁶ David Hiez et Severine Menetrey, *L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA*, Paris, L'harmattan, 2016; Séverine Menetrey et Éric Balate, *Questions de droit économique : les défis des États africains?* Supra note 756.

⁸⁷⁷ Alhousseini Mouloul, *Comprendre l'OHADA*, supra note 734; Paul Gérard Pougoué et Elongo Kalieu Rachel-Yvette, *Introduction critique à l'OHADA*, supra note 925; Joseph Issa-Sayegh, Filiga Michel Sawadogo et Paul-Gérard Pougoué, *OHADA : traité et actes uniformes commentés et annotés 2014*, Paris, 4e éd., coll Code vert, Chasseneuil-du-Poitou, Juriscope, 2014.

⁸⁷⁸ Alhousseini Mouloul, *Comprendre l'OHADA*, supra note 734 à la p. 2.

⁸⁷⁹ L'OHADA fut créée par le Traité de PORT-LOUIS (ILE-MAURICE) le 17 Octobre 1993 par la Réunion lors de la Conférence des Pays ayant en commun l'usage du Français, et révisée à Québec au Canada le 17 Octobre 2008. Pour plus d'informations à ce sujet se référer à l'ouvrage de Alhousseini Mouloul, *Comprendre l'OHADA*, supra note 734, p.16-45 ; ISSA-SAYEGH Joseph et LOHOUES OBLE Jacqueline, *Harmonisation du droit des affaires*, Paris, Éditions Bruylant - Juriscope, 2002. Sur la genèse de l'OHADA, Voir Alhousseini Mouloul, *Le*

afin de mener à bien la mission qu'elle s'est assignée. Comprendre les spécificités de l'OHADA nous permettra de saisir la nécessité de son ouverture à une harmonisation de l'IDE dans son corpus juridique qui tient compte de la protection de l'intérêt général.

On ne saurait s'attarder sur la description de l'institution OHADA⁸⁸⁰, de ses organes⁸⁸¹ ou encore de la particularité du droit qu'il applique⁸⁸² parce que cela n'est pas pertinent à notre étude. Il s'agira plutôt d'analyser le contexte d'émergence de l'OHADA pour comprendre le rôle de cette organisation ainsi que pour mettre en exergue son originalité.

C'est ainsi que face au ralentissement des investissements dû à l'insécurité juridique et judiciaire qui sévissait dans la région ouest-africaine, les chefs d'État africains de la zone franc ont cherché à redonner confiance aux investisseurs tant étrangers que nationaux⁸⁸³. Avant l'avènement de l'OHADA, il existait des législations éparses, caduques et inadaptées aux réalités socio-économiques de l'Afrique qui se reconstruisait après l'épreuve de la colonisation⁸⁸⁴. Il subsistait dans la région une certaine insécurité juridique et judiciaire qui

régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA : l'exemple du NIGER, Thèse de Doctorat, Université de Paris I- Panthéon Sorbonne, LGDJ- EJA, Mars 2005, P13-20; Paul- Gérard Pougoué, *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, LAMY, 2012.

⁸⁸⁰Traité portant harmonisation du droit des affaires en Afrique, révisé à Québec en 2008 pour ce qui concerne les institutions ou organes de l'OHADA, en ligne <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/OHADA%20-%20Traite%20OHADA%20modifie.pdf>. Voir aussi, Mouloul Alhousseini, *Comprendre l'OHADA*, *supra* note 734; voir aussi, Me Kéba M'Baye, « L'historique et les objectifs de l'OHADA » (2004) 205 *Petites Affiches*, p.19-29;

⁸⁸¹ Voir le titre 5 du Traité portant harmonisation du droit des affaires en Afrique, révisé à Québec en 2008 pour ce qui concerne les institutions ou organes de l'OHADA. Voir aussi, Joseph Issa-Sayegh, *Droit uniforme des affaires OHADA*, Éd. 2011..., coll Bibliothèque numérique du droit africain, Dakar, Sénégal, Nouvelles éditions numériques africaines, 2011.

⁸⁸² Voir les titres 2 et 7 Traité portant harmonisation du droit des affaires en Afrique, révisé à Québec en 2008 pour ce qui concerne les institutions ou organes de l'OHADA, en ligne <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/OHADA%20-%20Traite%20OHADA%20modifie.pdf>.

⁸⁸³ Alain Fénéon, *Les grands articles de doctrine de l'OHADA*, Juris Africa, Paris, 2013, p.12-19.

⁸⁸⁴ Me Kéba M'Baye, un des pères fondateurs de l'OHADA écrivait à ce propos : « le droit se présente dans les quatorze pays de la zone franc en habit d'arlequin fait de pièces et de morceaux. Outre cette diversité de textes, l'on note également leur inadaptation au contexte économique actuel ». Voir *Dans* synthèse des travaux du séminaire sur l'harmonisation du droit des affaires dans les États africains de la zone franc, Abidjan du 19 au 20

hypothéquait tout investissement. Insécurité juridique, car nombre de textes applicables aux affaires étaient vétustes et la plupart de ces textes dataient de la période coloniale⁸⁸⁵. Philippe Tiger définissait cette insécurité juridique comme étant « la situation d’incertitude dans laquelle peut se trouver un opérateur économique sur l’issue d’une éventuelle procédure à laquelle il pourrait être parti, et son impuissance à infléchir le cours de la justice dans le sens de l’équité si besoin était »⁸⁸⁶. À vrai dire, les opérateurs économiques avaient de grandes difficultés pour connaître et comprendre le contenu du droit applicable. La sécurité juridique suppose ainsi la prévisibilité de la solution des situations juridiques avec l’appui des moyens de contrainte qui garantissent la réalisation des droits⁸⁸⁷.

Quant à l’insécurité judiciaire, elle est « la conséquence de l’insuffisance de la formation des magistrats et des auxiliaires de justice, notamment en matière économique et financière d’une part, et d’autre part, de la modicité des moyens matériels et humains dont sont généralement dotées les juridictions »⁸⁸⁸. Philippe Tiger précisait que « l’insécurité judiciaire se manifeste de façon très diverse : décisions contestables, décisions en délibéré depuis plusieurs années, exécutions impossibles, négligences diverses, méconnaissances des règles de déontologie, accueil des moyens dilatoires les plus évidents et renvois à répétition qui finissent

Avril 1993, p.14 et 15. Voir aussi, Alhousseini Mouloul, comprendre l’OHADA, *supra* note 734 à la p 8; Joseph Issa Sayegh, « l’intégration juridique des États africains de la zone franc » (1997) 823 *Revue Penant*, p.5 et suivants; Boris Martor, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l’OHADA*, 2e éd., coll Litec professionnels Droit commercial, Paris, LexisNexis Litec, 2009; Henri-Désiré Bebey Modi Koko, *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC)*, coll Jus data, Chennevières-sur-Marne, Dianoià, 2008.

⁸⁸⁵ Le code de commerce en vigueur dans ses États en général datait du code français de 1807 et pour les Sociétés à responsabilité limitée (SARL) de 1925. Voir sur la législation applicable au droit des affaires dans les États africains francophones au moment des indépendances, Georges Meissonnier et Jean Claude Gautron, « Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés » (1976) : 3 *RJPIC*, p.331.

⁸⁸⁶ Philippe Tiger, *Le droit des affaires en Afrique-OHADA*, Paris, Presses Universitaires de France, (PUF, coll Que sais-je? 1999 à la p 2.

⁸⁸⁷ André Akam Akam, *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, *supra* note 874 à la p 14.

⁸⁸⁸ Alhousseini Mouloul, comprendre l’OHADA *supra* note 734 à la p 10.

par décourager les demandeurs de bonne foi... »⁸⁸⁹. Cette situation favorisait une perte de confiance dans le système judiciaire des pays africains concernés et la réticence des investisseurs internationaux. Ce qui rendait nécessaire dans une certaine mesure, l'impératif d'harmoniser les règles en matière de droit des affaires par l'amélioration du climat des affaires et des décisions judiciaires impartiales et imprévisibles⁸⁹⁰ pour soutenir le développement économique⁸⁹¹.

L'environnement économique international nécessitait ainsi la mise en place d'une organisation d'intégration juridique et économique en Afrique. Partant du phénomène de mondialisation ou globalisation des échanges, exprimant la dynamique du capitalisme et de l'économie libérale, l'interdépendance croissante des économies et l'internationalisation des échanges, s'avéraient de plus en plus incontournables. Dans cette perspective, les pays africains se sont regroupés dans des intégrations économiques au niveau sous régional et régional⁸⁹² sans pour autant atteindre l'harmonisation des droits qui constitue l'essence de l'intégration juridique. Le professeur Joseph Issa Sayegh définit l'intégration juridique comme : « le transfert de compétences étatiques de deux ou plusieurs États à une organisation internationale dotée de

⁸⁸⁹ Philippe Tiger, *Le droit des affaires en Afrique-OHADA supra* note 938 à la p 24.

⁸⁹⁰ Roger Masamba, «L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique» (2006) 116 : 855 *Penant Rev Droit Pays Afr Penant* 137-150; Joseph Youmsi, «L'OHADA : un instrument pour le développement des investissements dans un climat de sécurité juridique et judiciaire» (1997) 30 *Juridis Périodique* 98 et s; Akué Akuété Michel, *Plaidoyer pour un espace OHADA plus attractif pour les investissements étrangers*, Université Paul Cézanne d'Aix-en-Provence, *Revue Lamy, droit civil, Actes du colloque sur la sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : le droit OHADA*, 67, 20 mars 2009, p.85; Paul Gérard Pougoué, *supra* note 149.

⁸⁹¹ Loïc Cadiet, *Droit et attractivité économique: le cas de l'OHADA*, coll Bibliothèque de l'institut André Tunc 48, Paris, IRJS éd, 2013; Hygin Didace Amboulou, *Le droit du développement et de l'intégration économique dans l'espace OHADA*, Paris, coll Études africaines, L'Harmattan, 2014.

⁸⁹² *Ibid.* aux pp 34-38. Voir également la section sur les organisations d'intégration régionale à vocation économique l'UEMOA et la CEDEAO dans le cadre de la première partie de cette recherche. Voir aussi, Amadou Sarr, *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)*, Marseilles, Presses Universitaires d'Aix-Marseilles, coll Collection de l'Institut de Droit des Affaires, 2008.

pouvoir de décision et de compétences supranationales ou super-étatiques pour réaliser un ensemble juridique unique et cohérent dans lequel les législations nationales s'insèrent ou se fondent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les États membres se sont assignés »⁸⁹³. Les États africains ont alors voulu consolider l'intégration de leurs économies par des conditions propices à l'investissement en allant vers une intégration juridique. L'intégration juridique devient ainsi la voie choisie pour la mise en place d'un vaste marché intégré. La tendance actuelle étant l'internationalisation des affaires, l'harmonisation juridique en devient la clé de voûte pour favoriser les échanges, la libre concurrence, restaurer la confiance des investisseurs et préparer l'intégration économique.

À l'opposé des autres organisations d'intégration régionale en Afrique de l'Ouest, notamment, la CEDEAO et l'UEMOA qui sont des institutions d'intégration économique et monétaire, l'OHADA est une organisation d'intégration juridique ayant pour but de mieux soutenir l'intégration économique de ses États membres. « on peut dire que dans les institutions d'intégration économique, le juridique accompagne l'économique, alors que dans les institutions d'intégration juridique, l'économique accompagne l'intégration juridique »⁸⁹⁴. Si la frontière n'est pas véritablement étanche et la classification ne pouvant être faite qu'au cas par cas, l'OHADA est une organisation d'intégration juridique à vocation économique. Tandis que « les autres organisations présentées comme concurrentes ne seraient que des institutions d'intégration économique stricto sensu »⁸⁹⁵. Bien que cette organisation ne fasse pas encore

⁸⁹³ Joseph Issa Sayegh, « L'intégration juridique des États africains de la zone franc » [1997] 823 Rev Penant à la p 5.

⁸⁹⁴ Paul- Gérard Pougoué, *Encyclopédie du droit OHADA*, supra note 931, p. 27

⁸⁹⁵ Ibrahima k Diallo, La problématique de l'intégration africaine : l'équation de la méthode, www.ohada.com. Ohadata D-05 -16.

l'unanimité quant à la réussite des objectifs assignés, elle est parvenue bon an mal an, à instaurer un environnement juridique et judiciaire des affaires plus stable. De ce qui précède, il en résulte que l'OHADA n'est pas une organisation d'intégration régionale classique. Bien au contraire, elle se démarque des autres institutions régionales tant africaines qu'internationales⁸⁹⁶.

Le Traité de Port-Louis se distingue d'autre part par la méthode d'intégration juridique choisie. Même si le Traité parle d'harmonisation⁸⁹⁷, c'est une véritable uniformisation à laquelle s'est prêtée l'œuvre de l'OHADA. Selon un auteur, il apparaît « une ombre de convergence parallèle entre l'objet et la méthodologie du Traité, entre le but recherché (harmonisation) et les moyens d'action retenus (uniformisation) »⁸⁹⁸. Cette approche dualiste du droit OHADA n'a pas cessé d'alimenter le débat doctrinal⁸⁹⁹. L'harmonisation implique certes un rapprochement

⁸⁹⁶ Il convient de rappeler que l'idée d'harmoniser les législations africaines est ancienne et remonte aux lendemains des indépendances plus précisément depuis Mai 1961. Il a fallu attendre 1991 à l'occasion des réunions des Ministres des Finances de la zone franc tenues respectivement à Ouagadougou (Burkina Faso) et puis à Paris (France) pour qu'une mission d'experts présidée par Me Kéba M'baye soit mise en place. Après un Rapport établi par les experts de la mission, les Chefs d'État ont adopté ledit rapport et ont désigné un Directoire de trois membres, chargé de coordonner la préparation du Traité portant création de l'OHADA. Le Directoire prépare le projet de Traité et le soumet pour la réunion des ministres de la Justice, tenue à Libreville les 7 et 8 juillet 1993. Le projet est ainsi finalisé à Abidjan en Côte d'Ivoire les 21 et 22 septembre 1993, par la réunion des Ministres de la Justice puis celle, conjointe, des ministres des Finances et de la Justice, réunion qui a été précédée d'un rapport d'expert. Enfin le 17 octobre 1993, se tient à Port-Louis (Ile Maurice) la Conférence des pays ayant en commun l'usage du français. À cette occasion, le projet fut soumis à la signature des Chefs d'État et de délégation des pays africains francophones ; le Traité portant création de l'OHADA est signé par quatorze États⁸⁹⁶, et trois autres⁸⁹⁶ y adhèrent ultérieurement pour totaliser aujourd'hui à dix-sept États parties. Le Traité fut révisé à Québec (au Canada) le 17 octobre 2008. Voir Alhousseini Mouloul, *Comprendre l'OHADA*, supra note 734.

⁸⁹⁷ L'article 1^{er} du Traité OHADA dispose que « le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes, simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

⁸⁹⁸ Loïc Cadiet, *Droit et attractivité économique: le cas de l'OHADA*, supra note 943 à la p 179.

⁸⁹⁹ Pour les uns, les renvois aux législations nationales et le refus de toute compétence communautaire en matière de sanctions pénales affectent l'uniformisation et trahit la pensée des pères fondateurs de l'OHADA. Pour d'autres, la cohabitation d'États souverains s'accommoderait mal avec une uniformisation à outrance. Pour ces derniers, seule l'harmonisation, même très poussée, garantirait le progrès, le succès, l'expansion et la pérennité de l'OHADA. Voir à cet égard, Michel Grimaldi, L'Acte uniforme portant organisation des sûretés, Les petites affiches, n°205, Octobre 2004, p. 30; Loïc Cadiet, *Droit et attractivité économique: le cas de l'OHADA*, supra note 943. En ce qui concerne les auteurs qui soutiennent l'uniformisation du droit OHADA, voir Issa Sayegh, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA » (1999) *Revue de droit*

des législations, mais sans priver le droit national « de la faculté de déterminer lui-même ses finalités »⁹⁰⁰. De la sorte, le droit national dans le cadre de l'harmonisation, devra « se modifier et évoluer en fonction d'exigences définies et imposées par le droit [régional] de sorte que les différents systèmes nationaux présentent entre eux un certain degré d'homogénéité résultant de finalités communes ». L'harmonisation vise à « faire converger vers des objectifs communs, les législations nationales qui conserveront leur structure propre »⁹⁰¹.

Il est difficile de soutenir que l'OHADA résulte d'un processus d'harmonisation dans la mesure où cette organisation recherche une réglementation unique et identique pour ses États parties. Le droit OHADA se prête davantage à l'uniformisation, celle-ci vient du latin, *uniformis*, signifiant « qui a la même forme, où l'on n'aperçoit aucune variété et dont toutes les parties se ressemblent entre elles »⁹⁰². L'uniformisation nécessite de donner « la même forme à un ensemble d'éléments dont toutes les parties se ressemblent entre elles »⁹⁰³. Elle ne laisse pas de pouvoir substantiel aux acteurs législatifs nationaux dans les domaines qu'elle entend encadrer alors que certaines spécificités nationales survivent à l'harmonisation⁹⁰⁴.

uniforme, p.6; Paul Gerard Pougoue « OHADA, instrument d'intégration juridique» (2001) 2 : 2 Revue africaine des sciences juridiques, p.12.

⁹⁰⁰ Jean Boulouis, *Droit institutionnel des communautés européennes*, 2^e édition, Paris, Montchrestien, 1990, p.196.

⁹⁰¹ Hervé Prince, « Quelle place réserver à l'investissement direct étranger dans le droit OHADA? Réflexions à partir des expériences européenne et nord-américaine », *supra note 844*.

⁹⁰² Le Nouveau Littré, Éditions Garnier, Varese, 2004.

⁹⁰³Émile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Paris, Gallimard, Hachette, 1972, p. 1450 - 1451.

⁹⁰⁴ Nathalie Vézina, *Le droit uniforme : limites et possibilités*, Cowansville, Yvon Blais, 2009, p.7 et s; Mireille Delmas Marty, « Le phénomène de l'harmonisation, l'expérience contemporaine », *Dans* Christophe Jasmin et Denis Mazeaud, *l'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, Paris, coll. Études juridiques, p. 28; René David, *Les méthodes de l'unification dans le droit comparé- droit d'hier, droit de demain*, Paris, Economica, 1982, p.304 et s. Voir aussi, Karel Dogue, *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, Montréal, 2013; Patrick Glenn, «Unification of law, harmonisation of law and private international law», *Dans* Johan Erauw, Liber Memorialis François Laurent, Bruxelles, E. Story – Scientia, 1989, p. 783; René David, « The International Unification of Private Law », *Dans* Association Internationale des Sciences Juridiques, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1971, 5-17;

L'harmonisation se réaliserait plus aisément que l'uniformisation dans la mesure où elle nécessite un niveau d'unité législative ou réglementaire inférieur aux standards de l'uniformisation. Elle préserverait une certaine compétence aux autorités législatives nationales puisqu'elle leur laisse au moins le choix du moyen par lequel les normes harmonisées seront mises en œuvre⁹⁰⁵. Si certains auteurs adhèrent à la thèse de l'uniformisation de l'OHADA⁹⁰⁶, d'autres tels que Yves Guyon parle davantage d'unification en affirmant que « l'objectif du traité de l'OHADA est bien l'unification du droit en raison de l'abrogation par chaque acte uniforme des dispositions de droit interne qui lui sont contraires »⁹⁰⁷. Les États sont ainsi privés de la possibilité de légiférer dans le domaine du droit unifié. L'unification adopte la même approche que l'uniformisation mais tout comme l'harmonisation, elle laisse au moins le choix du moyen par lequel les règles unifiées seront mises en œuvre. Elle résulte de la doctrine dualiste en vertu de laquelle « une règle internationale ne peut avoir d'effet que si elle a été au préalable incorporé dans une législation nationale »⁹⁰⁸.

Bien que la doctrine reste partagée entre harmonisation, uniformisation voire unification, nous nous alignons sur la démarche uniformisatrice qui caractérise le processus d'intégration

Antoine Jammeaud, «Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il?», *Dans vers un Code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.35-55.

⁹⁰⁵ Innocent Fetze Kandem, « Harmonisation, Unification et uniformisation, plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique » (2008) 709 *Revue de droit uniforme*, en ligne https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/17965_kamdem.pdf, p.622.

⁹⁰⁶ Joseph Issa Sayegh, *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique: l'exemple des actes uniformes de l'OHADA*, supra note 33; Paul Gerard Pougoue, *OHADA, instrument d'intégration juridique*, Opcit., supra note 33.

⁹⁰⁷ Yves Guyon, *Conclusion*, Journées OHADA de l'Association Henri Capitant, du 22 Novembre 2002, *Les petites affiches*, N°205, p.61; Jean Paillusseau, *Le droit de l'OHADA, un droit très important et original*, *La semaine juridique*, Cahiers de droit de l'entreprise, N°05, supplément à la semaine juridique N°44 du 28 Octobre 2004, p. 2; Parfait Diédhou, *L'unification du droit des affaires de l'OHADA- Étude de droit uniforme et de droit international privé*, Thèse de doctorat, Université de Genève, 2009, p. 88 et 89.

⁹⁰⁸ Innocent Fetze Kandem, « Harmonisation, Unification et uniformisation, plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », supra note 959 p.622.

juridique de l'OHADA. A ce propos, Innocent Fetze affirmait que « le processus d'intégration de l'OHADA participe non pas d'une unification et encore moins d'une harmonisation comme annoncée, mais plutôt d'une uniformisation »⁹⁰⁹. Dans le même sens, selon Hervé Prince « la déclinaison du régime juridique applicable en matière de droit des affaires en Afrique en une série d'Actes uniformes traduit davantage l'uniformisation que l'harmonisation »⁹¹⁰. Le modèle d'intégration juridique de l'OHADA symbolise ainsi une expérience unique qui séduit, car il inspire d'ores et déjà une initiative similaire dans les grandes Caraïbes⁹¹¹. L'OHADA constitue un outil de développement économique dont l'objectif vise la sécurisation des rapports juridiques en vue d'une croissance durable en Afrique⁹¹². Kéba M'baye affirmait que, « l'OHADA est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance »⁹¹³. Il apparaît ainsi que l'OHADA est une organisation d'intégration juridique qui fait l'objet d'un succès sans équivoque. Cette réussite peut constituer un indéniable atout pour servir de réceptacle à une uniformisation des politiques d'investissement.

B- L'OHADA, un cadre incontournable pour une uniformisation du régime juridique de l'IDE

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p.627.

⁹¹⁰ Hervé Prince, « Quelle place réserver à l'investissement direct étranger dans le droit OHADA? Réflexions à partir des expériences européenne et nord-américaine », *supra note 844*.

⁹¹¹ L'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe, en ligne <http://www.ohadac.com/>, consulté le 18 Janvier 2016. Voir aussi en ligne, <http://www.ohada.com/actualite/2619/congres-ohadac-organisation-pour-l-harmonisation-du-droit-des-affaires-dans-la-caraibe-21-22-septembre-2015-guadeloupe-fwi.html>, consulté le 15 Janvier 2016.

⁹¹² Etienne Xerexhe, « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale » (1999) 39-40 *Rev Burkinabé Droit* 21 et s.

⁹¹³ Kéba M'baye, dans Issa Sayegh, Joseph (dir.), *OHADA : traité et actes uniformes commentés et annotés*, futuroscope (France), Juriscope, 2012, p.9.

L'importance de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA a impulsé la mise en œuvre de nombreuses réformes en vue de promouvoir les flux d'investissement. L'OHADA a non seulement modernisé le droit des affaires, mais en a également renforcé l'accessibilité, « la clarté, la simplicité, la modernité, la cohérence du droit uniforme des affaires »⁹¹⁴. L'harmonisation du droit des affaires a permis la création d'un environnement légal stable au sein de la zone OHADA qui a permis l'amélioration des conditions d'investissement. Par exemple, en droit des sociétés commerciales, l'OHADA constitue un progrès juridique incontestable. L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique (AUSCGIE)⁹¹⁵ a facilité les procédures de création de sociétés commerciales en réduisant les délais et coûts y relatifs⁹¹⁶. La constitution de société commerciale, son fonctionnement ainsi que sa liquidation vont être régis par le droit OHADA⁹¹⁷. Au stade de la constitution de la société créée par un investisseur, le droit OHADA comporte des règles de création ou de restructuration de la société qui est souvent le véhicule de l'IDE. Au stade de l'exploitation de la société, le droit OHADA offre des règles organisant l'activité commerciale, les sûretés nécessaires pour le financement de l'activité économique⁹¹⁸ et le recouvrement des

⁹¹⁴ Roger Massamba, « l'OHADA et le climat de l'investissement en Afrique*93 », supra note 942, p.137.

⁹¹⁵ Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique (AUCGIE), adopté le 30 Janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso, en ligne <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Acte-Uniforme-2014-Societes-commerciales-GIE.pdf>.

⁹¹⁶ Voir, <http://www.ohada.com/actualite/2304/l-acte-uniforme-de-l-ohada-relatif-au-droit-des-societes-commerciales-et-du-groupement-d-interet-economique-fait-peau-neuve.html>

⁹¹⁷ Voir l'Acte Uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique, adopté le 30 Janvier 2014 à Ouagadougou au Burkina Faso et la date d'entrée en vigueur en Mai 2015 et publié dans le Journal Officiel numéro spécial du 04/02/2014, consultable en ligne, <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/AU/OHADA%20-%20AU%20societe%20commerciales%20revise%202013.pdf>.

⁹¹⁸ Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés, adopté en Décembre 2010 et entré en vigueur en Mai 2011, en ligne <http://www.ohada.com/actes-uniformes/938/acte-uniforme-revise-portant-organisation-des-suretes.html>.

créances⁹¹⁹. À l'étape de la liquidation, le droit OHADA propose également les règles d'une procédure collective⁹²⁰ ouverte dans un État membre et qui produit des effets dans l'ensemble des États membres de l'OHADA⁹²¹.

L'arsenal juridique de l'OHADA comporte des dispositions utiles aux investisseurs étrangers. L'Acte uniforme sur les sûretés (AUS)⁹²² permet de prendre des garanties pour le financement des projets ou l'achat de marchandises, notamment, par le nantissement de valeurs mobilières ou le gage de créances⁹²³ et met à la disposition des opérateurs économiques une gamme élargie de sûretés afin de les prémunir contre la mauvaise foi des partenaires. Le futur acte uniforme sur le droit des contrats sera très utile également aux investisseurs étrangers pour sécuriser leurs relations contractuelles avec leurs clients, fournisseurs et salariés⁹²⁴. S'installer pour affaires est ainsi devenu plus aisé dans l'espace OHADA. Les opérateurs économiques étrangers connaissent désormais « les règles applicables en matière de création d'une société anonyme, ou de location de locaux à usage commercial »⁹²⁵.

⁹¹⁹ Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, adopté en Avril 1998 et paru au Journal Officiel paru en Juillet 1998, en ligne <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Acte-Uniforme-1998-Recouvrement-voies-execution.pdf>.

⁹²⁰ Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté en Avril 1998 et paru au Journal Officiel en Juillet 1998, en ligne <http://www.droit-afrique.com/images/textes/Ohada/AU/OHADA%20-%20AU%20Procdures%20coll.pdf>.

⁹²¹ Sébastien Manciaux, « que disent les textes OHADA en matière d'investissements ? » [2012] N°1 Revue ERSUMA Droit Aff Prat Prof, en ligne : Revue de l'ERSUMA Droit des Affaires Pratique professionnelle <<http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/etudes-13/article/que-disent-les-textes-ohada-en>>.

⁹²² Acte Uniforme révisé portant Organisation des sûretés, adopté le 15 décembre 2010 et publié au Journal Officiel N°22 du 15 février 2011.

⁹²³ Laurent Benkemoun, « Sécurité juridique et investissements internationaux » (2006) 855 Revue Penant-Colloque sur la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace UEMOA, p.193, en ligne http://www.daldewolf.com/documents/document/20151221114346-47_19_doctrine_ohadata_d-06-52.pdf, consulté le 26 janvier 2016.

⁹²⁴ Avant-projet d'Acte Uniforme relatif au droit du travail, Douala, final 4 du 24 Novembre 2006, en ligne <http://www.ohada.com/content/newsletters/141/avant-projet-droit-travail-ohada.pdf>.

⁹²⁵ Barthélemy Cousin et Aude Marie Cartron, « La fiabilité des systèmes judiciaires nationaux : un effet secondaire méconnu de l'OHADA », disponible en ligne sur le site de l'OHADA, www.ohada.com.

Mais au-delà, l'OHADA représente un atout considérable pour une uniformisation efficace du cadre juridique de l'IDE dans son corpus juridique grâce à ses Actes Uniformes qui constituent une réglementation unique directement applicable dans le droit interne de ses États Parties. Ayant pour finalité l'adoption de règles communes, les Actes Uniformes (AU) constituent le droit dérivé de l'OHADA⁹²⁶. La particularité de ces AU réside dans l'article 10 du Traité OHADA qui dispose que « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure »⁹²⁷. Si la portée juridique de cette disposition a suscité des controverses⁹²⁸, elle fait appel à des principes d'applicabilité immédiate, d'effet direct, de primauté voire d'effet abrogatoire qui lui donne une force juridique importante. Par le principe de l'applicabilité immédiate, les AU, dès leur entrée en vigueur, intègrent de plein droit l'ordre juridique des États parties de l'OHADA, sans qu'il soit besoin de respecter au préalable une procédure spéciale d'introduction et de réception sur le plan interne. L'applicabilité immédiate implique que « les textes visés sont opposables dans les différents États parties à partir du moment où ils ont rempli les conditions de leur entrée en vigueur au niveau de l'OHADA »⁹²⁹. L'article 9 du Traité OHADA stipule que « les actes uniformes sont publiés au Journal Officiel de l'OHADA par le Secrétariat permanent dans les soixante jours suivant leur adoption. Ils sont

⁹²⁶ L'article 5 du Traité OHADA dispose que « les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article 1 du présent traité sont qualifiés actes uniformes. Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ».

⁹²⁷ Article 10 du Traité OHADA modifié par le Traité de Québec le 17 Octobre 2008, en ligne, <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Traite-OHADA-modifie-2008.pdf>.

⁹²⁸ Joseph Issa Sayegh, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA » (1999) 1 *Revue de droit uniforme*, p.18; Jacqueline Lohoue Obles, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique » (1999) 3 *RIDC*, P.547; Etienne Cerexhe, « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale » (1999) 39-40 *Revue burkinabé de droit*.

⁹²⁹ Paul Gerard Pougoué, « Notion d'actes uniformes et présentation du projet d'Acte Uniforme sur le droit du travail » dans Paul Gerard Pougoué, *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p.136.

applicables quatre-vingt-dix jours après cette publication, sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par les actes uniformes. Ils sont également publiés dans les États parties au Journal Officiel ou par tout autre moyen approprié. Cette formalité n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur des actes uniformes ».

Le principe de l'effet direct s'inscrit dans le prolongement de l'application immédiate de l'AU qui devient obligatoire nonobstant toute disposition contraire de droit interne. Cela implique deux conséquences : « premièrement que l'AU crée des droits et des obligations à l'égard des particuliers, soit dans leurs relations réciproques soit dans leurs relations avec les États de l'OHADA. En second lieu, les droits issus de l'Acte Uniforme sont justiciables, les personnes concernées pouvant s'en prévaloir devant les juridictions nationales qui sont tenues de les protéger ». Un auteur définissait l'effet direct comme étant « le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer, traité, règlements, directives ou décisions communautaires, et l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève »⁹³⁰.

A ces deux principes, celui de la primauté du droit OHADA sur le droit interne de ses États membres est également consacré par l'article 10 du Traité. La CCJA, dans un avis rendu le 30 Avril 2001, s'est prononcée sur la règle de supranationalité : « l'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires contient une règle de supranationalité parce qu'il prévoit l'application directe et obligatoire dans les États parties des actes uniformes et institue par ailleurs, leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures et postérieures »⁹³¹. Il a été reproché à la CCJA de ne pas avoir affirmé clairement la primauté du droit OHADA sur les

⁹³⁰ Robert Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p.248.

⁹³¹ CCJA, avis n°001/2001/EP, ohada.com, ohadata D.04-12, p.19 et s.

dispositions législatives, réglementaires voire constitutionnelles des États parties. Sur la même question, la Cour de justice de l'UEMOA adopte une attitude qui ne laisse aucun doute sur l'étendue de la primauté du droit communautaire. Selon cette juridiction, la primauté des normes communautaires s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles ou même constitutionnelles, parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux »⁹³². En Europe, la CJCE dans l'arrêt *international Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970 lève toute équivoque en affirmant que : « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet État »⁹³³. La Cour affirmait de la sorte la règle selon laquelle « les dispositions constitutionnelles internes ne sauraient être utilisées pour mettre en échec le droit communautaire »⁹³⁴. La primauté du droit communautaire sur les dispositions nationales se révèle importante pour l'œuvre d'uniformisation mise en avant par l'OHADA.

L'effet abrogatoire de l'AU s'inscrit dans la droite ligne de la supranationalité de ce dernier au sens de l'article 10 du Traité OHADA. La CCJA, dans son avis consultatif, énonce qu'«en vertu du principe de supranationalité qu'il consacre, l'article 10 du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique qui prévoit l'applicabilité directe et obligatoire des Actes Uniformes dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit

⁹³² CJU, avis n°001/2003 du 18 mars 2003.

⁹³³ Affaire 11/70, Rec., p.1125; voir aussi, Jean Claude Masclet, *Les grands arrêts de droit communautaire*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je? 2003, p.20-21.

⁹³⁴ Alain Ondoua, *Étude des rapports entre le droit communautaire et la constitution en France- L'ordre juridique constitutionnel comme guide au renforcement de l'intégration européenne*, Paris, L'Harmattan, Thèse, Coll. Logiques juridiques, 2001, p. 129.

interne, antérieures ou postérieures, contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les Actes Uniformes ». Plus loin, elle précise : « sauf dérogations prévues par les Actes Uniformes eux-mêmes, l'effet abrogatoire de l'article 10 du traité OHADA concerne l'abrogation ou l'interdiction de toute disposition d'un texte législatif ou de règlement de droit interne présent ou à venir ayant le même objet que les dispositions des Actes Uniformes et étant contraires à celles-ci »⁹³⁵. Il y a lieu d'ajouter que cette abrogation concerne également les dispositions de droit interne identiques à celles des actes uniformes. Il en résulte que l'article 10 du Traité de l'OHADA consacre d'une part, l'abrogation du droit interne des États parties par les AU et d'autre part, l'abrogation des seules dispositions législatives ou réglementaires contraires ou identiques⁹³⁶, peu importe les formules contenues dans les AU, peu importe l'absence de dispositions abrogatoires dans un AU.

Ces différentes caractéristiques des AU de l'OHADA lui donnent une assise solide pour mener à bien son œuvre d'intégration juridique. Dans le cadre d'une uniformisation du régime juridique de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA, la particularité des AU qui vont se traduire directement et immédiatement dans le droit interne des États Parties est un atout indéniable. Une uniformisation des politiques d'investissement au sein du tissu normatif de l'OHADA aurait comme avantage de s'appliquer à l'ensemble de ses États membres. En ce sens, l'OHADA est une œuvre d'intégration juridique efficace qui a une compétence quasi exclusive sur les matières qui relèvent de l'article 2 du Traité⁹³⁷. Uniformiser le cadre juridique

⁹³⁵ Avis consultatif n°001/2001/EP du 30 Avril 2001.

⁹³⁶ Paul Gerard Pougoué, *Encyclopédie du droit OHADA*, supra note 931.

⁹³⁷ L'Article 2 du Traité OHADA dispose que « pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires, l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressements des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des

de l'IDE des États vers l'OHADA est une garantie pour sa transposition dans le droit interne des États parties. C'est une garantie d'application également étant donné la mise en place d'une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). En effet, la sécurité juridique tant recherchée en adoptant des règles uniformes dans le cadre du droit des affaires ne peut être garantie sans une sécurité judiciaire. L'amélioration du climat de l'investissement est « largement tributaire de la bonne marche de la justice c'est-à-dire d'une justice crédible, équitable, capable de dire le droit avec compétence et de sécuriser les justiciables »⁹³⁸.

L'instauration d'une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) dans le cadre de l'OHADA est une consécration de la sécurité judiciaire tant recherchée par cette organisation. Si l'institution d'une cour de justice révèle une certaine autonomie du droit des organisations d'intégration régionale⁹³⁹, la création de la CCJA se justifie davantage par le souci d'assurer l'effectivité du droit OHADA. L'objectif de l'uniformisation du droit des affaires aurait été irréalisable avec une jurisprudence morcelée. C'était le risque qu'allait encourir les États de l'espace OHADA au cas où il avait été laissé aux juridictions de chaque État membre de connaître les litiges relatifs à l'application et à l'interprétation du droit OHADA. Il ne faudrait pas perdre de vue, les insuffisances inhérentes aux juridictions nationales à savoir la corruption des juges, la subordination de la justice au pouvoir politique, les lenteurs judiciaires etc., qui amenuisent l'efficacité des systèmes juridiques.⁹⁴⁰ La CCJA a réussi le pari de la sécurité

transports et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité d'y inclure, conformément à l'objet du traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après».

⁹³⁸ Roger Massamba, « l'OHADA et le climat de l'investissement en Afrique », supra note 942, p.140.

⁹³⁹ Denys Simon, *Les fondements de l'autonomie du droit communautaire*, SFDI, Colloque de Bordeaux sur le thème Droit international et droit communautaire, Perspectives actuelles, Paris, Pedone, 2000, p.207-249; Pierre Pestacore, *Droit communautaire et Droit national selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Rec., Dalloz-Sirey, cbr, 1969, p. 180.

⁹⁴⁰ Voir Dubois de Gaudusson (J) et Conac (G), *La justice en Afrique, Afrique contemporaine*, N° Spécial, Paris, La documentation française, 1990.

judiciaire, nécessaire en vue de consolider la sécurité juridique parce qu'elle permet d'assurer l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit OHADA.

La CCJA peut être saisie par la voie du recours en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions des états membres, à l'exception des sanctions pénales. La CCJA, peut en effet, être saisie par la voie du recours en cassation contre les décisions rendues par les juridictions d'appel et contre les décisions non susceptibles d'appel à condition que dans les deux cas, les décisions soulèvent des questions relatives à l'application des Actes uniformes ou des règlements prévus par le Traité. L'article 20 du Traité OHADA dispose que « les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage (CCJA) ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chaque État partie, une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales »⁹⁴¹. Outre le rôle juridictionnel, la CCJA exerce un rôle consultatif concernant l'application et l'interprétation du Traité et des Actes qui en découlent. Elle peut être consultée par tout État partie, le Conseil des ministres ou les juridictions nationales. La force exécutoire des décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) se manifeste sur le territoire de chacun des États parties et de manière aussi rigoureuse que celle des décisions des juridictions étatiques. L'extension de la force de la décision de la CCJA à l'espace géographique de l'OHADA met en évidence le rôle crucial de cette institution dans l'intégration juridique⁹⁴².

Il ressort de ce qui précède que l'OHADA a insufflé une nouvelle dynamique dans l'environnement juridique et judiciaire de ses États membres. Outre un dynamisme et une

⁹⁴¹ Article 20 du Traité OHADA révisé à Québec du 17 Octobre 2008, en ligne <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/ohada/Ohada-Traite-OHADA-modifie-2008.pdf>, consulté le 20 Décembre 2015.

⁹⁴² Akam Akam, Les mutations juridiques dans le système OHADA, *supra* note 874 à la p 17.

visibilité internationale que n'ont pas forcément les autres organisations d'intégration sous régionale, le choix porté sur l'OHADA, une institution qui marche et inspirant outre-mer n'est pas fortuit. La force juridique du droit OHADA qui a préséance sur les dispositions internes de ses États membres, règlementaires voire constitutionnelles, fait obstacle à toute velléité de résistance voire d'opposition aussi majeure soit elle des États parties. Le patriotisme économique est une expression qui prend tout son sens à l'ère de la mondialisation, car le défi du développement amène souvent les États à adopter des mesures protectionnistes⁹⁴³. Ces dernières n'ont d'autres finalités que de protéger une économie locale assez faible et de mieux prendre en compte les préoccupations de droits humains.

L'OHADA est ainsi considéré comme une organisation d'intégration juridique prometteuse si elle fait écho aux défis auxquels elle est appelée à faire face en matière de protection de l'intérêt général. La pertinence d'une uniformisation de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA étant posée, la question des modalités de mise en œuvre de cette uniformisation demeure complexe et touche directement à la souveraineté des États.

Paragraphe 2 : Le renforcement des mécanismes d'effectivité de l'intérêt général

La mise en œuvre de l'uniformisation du cadre juridique de l'IDE en droit OHADA nécessite de renforcer les mécanismes d'effectivité de la protection de l'intérêt général. Pour ce faire, une série de questions nous interpelle et mériterait quelques approfondissements. Comment est-ce que cette organisation entend procéder pour assurer l'effectivité de

⁹⁴³ Walid Ben Hamida, « L'opportunité d'adopter un Acte Uniforme sur les investissements », dans Hugues Kenfack et Justine Diffo Tchunkam, *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise, Efficacité et Compétitivité (1993-2013), Hommage aux doctrinaires et pionniers de l'OHADA*, Afrique du Sud, Édition Juta, Centre for comparative law in Africa 2014, p.248.

l'uniformisation du régime juridique de l'IDE dans son corpus juridique? Est-ce une compétence exclusive comme dans l'UE ou pas? En cas de partage de compétence, quelle étape sera préconisée entre la phase de l'admission ou de protection ou les deux? Le partage de compétence sera-t-elle avec les autres organisations d'intégration régionale qui interviennent d'ores et déjà dans l'encadrement de l'IDE ou avec les législations nationales (A). D'autre part, l'application de toute règle peut engendrer des litiges quant à son interprétation. Dans ce cas de figure, quelle juridiction ou système arbitral sera compétent pour résoudre le différend? (B). Ce sont ces préoccupations qui guideront les prochaines lignes de ce paragraphe.

A- Le partage de compétence entre l'OHADA et les autres mécanismes juridiques nationaux et sous- régionaux

Les règles d'admission ainsi que celles de protection de l'IDE étant les piliers de l'uniformisation, la question de leur effectivité interpelle. Celle-ci, de notre point de vue, dépendrait d'un partage de compétences entre l'OHADA et les mécanismes nationaux et sous régionaux intervenant d'ores et déjà dans l'encadrement de l'IDE. En effet, il ne s'agit pas d'un dessaisissement total de compétences des autorités nationales et sous régionales en matière d'investissement au profit du droit OHADA. Ce dessaisissement peut ne pas être total et exclusif dans le cadre de l'OHADA dans la mesure où maintes organisations y interviennent d'ores et déjà sans compter les aspects liés à la souveraineté des États sur une problématique aussi sensible. La possibilité de déléguer une certaine compétence aux législations nationales est inhérente aux AU de l'OHADA. C'est le cas actuellement de l'article 916 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSGIE): « le présent acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives nationales auxquelles sont

assujetties les sociétés soumises à un régime particulier ». Dans d'autres cas, le législateur OHADA s'est déclaré lui-même incompétent, par exemple en matière d'organisation juridictionnelle ou de sanction pénale⁹⁴⁴. La technique de renvoi aux législateurs nationaux est une technique commune aux actes uniformes de l'OHADA.

Pour l'IDE, l'objectif vise davantage un transfert de compétences en ce qui concerne quelques balises importantes pour l'admission de l'investissement et d'un transfert de pouvoir en matière de négociation des traités d'investissement. L'Acte Uniforme prospectif de l'investissement va devoir également prévoir les modalités de partage de compétence avec les organisations régionales qui encadrent déjà l'IDE. Cela va certainement nécessiter quelques concertations, notamment, en ce qui concerne la fiscalité. L'UEMOA dispose d'ores et déjà de nombreux instruments qui encadrent les aspects fiscaux de l'IDE. De plus, la fiscalité constitue un domaine particulièrement sensible qui pourrait soulever certaines difficultés quant à une uniformisation en droit OHADA⁹⁴⁵. Nous comprenons par ailleurs que l'investissement recouvre des pans entiers de la souveraineté des États qui pourrait expliquer leur réticence à converger vers l'incorporation de cette matière dans la charpente juridique de l'OHADA⁹⁴⁶.

Mais plus concrètement, sur le plan de l'admission de l'investissement, si l'OHADA arrive à déterminer qui pénètre sur son territoire et les conditions dans lesquelles cette pénétration pourrait se faire, cela constituerait une chance inouïe pour ses États membres qui ne seraient plus confrontés à l'asymétrie de pouvoirs de négociation avec l'entreprise minière. En

⁹⁴⁴ Paul Gerard Pougoué, *Encyclopédie du droit OHADA*, supra note 916 p.24.

⁹⁴⁵ Walid Ben Hamida, « L'opportunité d'adopter un acte uniforme sur les investissements », Dans Hugues Kenfack, *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et Compétitivité*, supra note 768.

⁹⁴⁶ Olivier Cuperlier, « La protection des investissements dans les pays de l'espace OHADA; un modèle transposable pour une *lex mediterranea*? », Dans Filali Osmann, *Vers une lex mediterranea des investissements*, Bruylant, Bruxelles, 2016 à la p 229.

ce sens, l'OHADA pourrait dresser un cadre général qui regrouperait quelques conditions générales d'accès au territoire de l'OHADA. Les conditions particulières comme les régimes fiscaux vont continuer à relever des législations nationales d'investissement. Les conditions d'ordre général instituées par le droit OHADA vont focaliser sur les enjeux de la protection de l'intérêt général et chaque État membre étant compétent pour déterminer ses priorités nationales de développement. L'OHADA constituera ainsi le cadre fédérateur des projets d'investissements internationaux. À titre illustratif, l'OHADA pourrait ériger comme conditionnalité à l'accueil de tout investisseur que « tout projet d'investissement international dans l'espace OHADA devrait tenir compte pour sa réalisation, de la protection des droits humains; du développement durable; des préoccupations des populations locales et communautaires susceptibles d'être affectées par le projet d'investissement; ainsi que des enjeux du développement économique. En cas de violation, tout investisseur étranger se verrait appliquer des sanctions ». Ces conditions d'ordre général seront validées au moment de l'admission de l'IDE dans les États parties de l'OHADA.

D'un autre côté, les préoccupations économiques étant primordiales dans le contexte de l'OHADA, cette organisation pourrait s'inspirer de la loi d'investissement canadienne (LIC) en termes de filtrage des projets d'investissements. Le seuil des investissements actuellement requis pour être éligible aux différentes catégories devrait être revu à la hausse. L'étude sur la relecture du code des investissements au Mali propose de même en termes de rehaussement de seuil⁹⁴⁷. Au regard des exonérations fiscales et garanties accordées par les États, il serait opportun que ceux-ci soient à même d'exiger en contrepartie des concessions de la part de

⁹⁴⁷ *Ibid.*

l'investisseur étranger. Le régime prospectif de l'uniformisation des politiques d'admission de l'IDE en droit OHADA pourrait mieux incarner ces nouvelles exigences. De la même manière, ce régime prospectif pourrait intégrer des dispositions claires de revalorisation des ressources locales. Les enjeux associés au transfert de technologie, à la création d'emploi, au recours à la valorisation du contenu local en termes de matières premières sont autant de critères liés à la notion de priorités nationales de développement. Celles-ci doivent prédominer dans les politiques d'admission de l'IDE dans l'espace OHADA.

Le développement local doit être au cœur des diverses stratégies de développement. Le Code des investissements de la Côte d'Ivoire est le seul dans cette région de l'Afrique, qui dispose en vertu de l'article 22 que « 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 »⁹⁴⁸. Le régime prospectif de l'investissement international dans le cadre de l'OHADA devrait ainsi privilégier des partenariats entre investisseurs étrangers et locaux en ciblant des secteurs clés. En outre, la protection de l'intérêt général fait appel à d'autres impératifs qui ne sont pas uniquement liés aux considérations économiques. En raison de la richesse en ressources naturelles de la majorité des pays de l'espace OHADA, l'uniformisation des politiques d'admission dans la poutre maîtresse de l'OHADA devrait accorder une place stratégique aux obligations incombant aux investisseurs étrangers. Dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles, l'OHADA pourrait proposer que « les initiatives de RSE soient des outils supplémentaires qui seront considérés dans les critères d'octroi des permis et licences d'exploitation ».

⁹⁴⁸Article 22 de l'Ordonnance N°2012-487 du 07 Juin 2012 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire, en ligne <http://droit-afrique.com/upload/doc/cote-divoire/RCI-Code-2012-des-investissements.pdf>.

L'analyse des initiatives de RSE dans l'exploitation minière malienne dans le précédent chapitre a révélé des difficultés dans la mise en œuvre d'une telle démarche. L'OHADA pourrait incarner cette institution qui assure la vérification des engagements souscrits par les entreprises en termes de RSE. A cet effet, « tout projet d'investissement international dans l'espace OHADA devrait quant à son opérationnalisation tenir compte des initiatives de RSE. Celles-ci dans le domaine de l'exploitation minière devraient contribuer au développement communautaire, local et national tout en intégrant les préoccupations de développement durable et des droits humains. Les mécanismes de suivi et de contrôle de la mise en œuvre des initiatives de RSE dans ses États membres relèveraient dorénavant de l'OHADA. En cas de violation par les entreprises aux engagements auxquels elles ont souscrit, le retrait des avantages et garanties accordés aux investisseurs serait applicable comme sanction ». Ces quelques balises qui seraient validées depuis la phase de l'admission de l'IDE permettraient aux États membres de l'OHADA de pouvoir par la suite légiférer sur les conditions particulières d'admission de l'IDE sur leurs territoires.

Quant au régime juridique de l'IDE, l'OHADA pourrait adopter un modèle de TBI dans lequel les règles de protection et de traitement seraient prévues en fonction de la sauvegarde de l'intérêt général. L'OHADA est ainsi appelée à négocier les traités d'investissement pour ses États membres avec des États tiers en partant du postulat d'une meilleure protection de l'intérêt général. Cela ne serait possible qu'en clarifiant les dispositions relatives aux notions controversées comme l'expropriation indirecte. Une forte tendance se dessine de plus en plus pour amorcer une renégociation des traités d'investissement des États dans le sens d'une meilleure protection de l'intérêt général. En transférant les compétences vers une organisation d'intégration régionale, la question de l'asymétrie de pouvoirs sera largement restreinte. Ces quelques pistes de réflexion pour une uniformisation des mécanismes d'admission et de

protection de l'investissement permettraient de mieux sauvegarder l'intérêt général des États membres (y compris le Mali) et de mieux contrôler l'asymétrie des pouvoirs de négociation entre États et entreprises multinationales dans l'espace OHADA. Cette uniformisation des mécanismes d'admission et de protection de l'investissement nécessite également celle des mécanismes de règlement des différends. L'objectif du prochain sous paragraphe vise à mettre en exergue la pertinence d'une uniformisation des modes de règlements des différends relatifs aux investissements en droit OHADA. En effet, la protection substantielle de l'IDE dans l'ossature juridique de l'OHADA nécessite une protection procédurale dans le cadre de la Cour commune de justice et d'arbitrage de cette organisation (CCJA).

B- La pertinence d'une uniformisation des mécanismes de règlement des différends

Unifier les règles d'admission et de protection de l'IDE dans l'ordonnement juridique de l'OHADA et continuer à régler les différends y relatif au sein d'un autre centre d'arbitrage tel que le Centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI) alors que l'OHADA dispose de son propre centre d'arbitrage n'est guère compréhensible. La protection juridictionnelle de l'IDE dans l'espace OHADA est assurée par des textes d'origine nationale et internationale qui garantissent la possibilité de recourir à l'arbitrage. En l'état actuel des choses, tous les États membres de l'OHADA, à l'exception du Sénégal, prévoient dans leurs droits internes, parfois parallèlement à une possibilité d'opter pour le juge étatique du pays d'accueil de l'investissement⁹⁴⁹, l'arbitrage du CIRDI alors que

⁹⁴⁹ Par exemple, le Burkina Faso offre la possibilité de saisir un tribunal administratif ou la Guinée qui pour sa part réserve le recours à l'arbitrage aux seuls investisseurs étrangers.

seulement six d'entre eux prévoient l'intervention de la CCJA sans autre précision quant à sa fonction judiciaire ou arbitrale ou « même l'arbitrage de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage »⁹⁵⁰. L'article 29 du code des investissements du Mali de 2012 dispose que : « 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. À défaut, le différend est réglé par les juridictions maliennes compétentes conformément aux lois et règlements en vigueur, ou par voie d'arbitrage. 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 la République du Mali et l'État dont l'investisseur est ressortissant;
- Les dispositions de la Convention du 18 mars 1985 créant le Centre international pour le règlement des différends relatif aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI) établies sous l'égide de la banque mondiale et ratifiée par la République du Mali le 3 janvier 1978;
- 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);
- La Convention portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des investissements (AMGI)⁹⁵¹.

L'idée que l'arbitrage constitue le mode privilégié de règlement des différends en matière d'investissement imprègne largement les législations des États de l'espace OHADA. Pour preuve, la quasi-totalité de ces pays ont adhéré à la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Les États parties de l'OHADA sont également signataires d'un nombre de plus en plus important de traités

⁹⁵⁰ Olivier Cuperlier, « La protection des investissements dans les pays de l'espace OHADA : un modèle transposable pour une *lex mediterranea* » supra note 946 p. 231.

⁹⁵¹ Article 29 de la Loi N°2012 - 016 du 27 Février 2012 portant Code des investissements.

bilatéraux d'investissement (TBI) dans lesquels sont prévus des clauses de règlement des différends. Le Canada et la Suisse insèrent une clause identique dans tous leurs TBI conclus avec des États OHADA, laquelle prévoit, pour la Suisse, le recours à un arbitrage *ad hoc*⁹⁵² et pour le Canada, à un arbitrage du CIRDI⁹⁵³. L'article 23 alinéa 1^{er} de l'accord pour la promotion et la protection de l'investissement entre le Canada et le Mali dispose que « l'investisseur contestant qui satisfait aux conditions préalables prévues à l'article 21 (conditions préalables au dépôt d'une plainte à l'arbitrage) peut soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :

a) de la Convention du CIRDI, à condition que la partie visée par la plainte et la partie dont relève l'investisseur contestant soient parties à la Convention;

b) du règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la partie visée par la plainte ou la partie dont relève l'investisseur contestant, mais non les deux, soit partie à la Convention du CIRDI; ou

c) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI »⁹⁵⁴.

D'autres TBI prévoient la compétence de la CCJA⁹⁵⁵. Il est difficile de dégager une tendance uniforme des clauses d'arbitrage insérées autant dans les TBI que dans les législations nationales d'investissement. Les mécanismes de règlement des différends dans l'espace OHADA sont dispersés tantôt dans les législations internes des États membres tantôt dans les accords d'investissement voire des contrats d'investissement sans une véritable harmonisation entre ces différents instruments juridiques. Sans compter le fait que différentes options

⁹⁵² TBI conclus avec le Togo, le Sénégal, la Centrafrique, le Niger, le Mali, le Burkina Faso et la Guinée majoritairement dans les années 1960 et 1970.

⁹⁵³ TBI conclus avec le Mali, le Cameroun, le Bénin, la Côte d'Ivoire et le Sénégal en 2013 et 2014.

⁹⁵⁴ Article 23 alinéa 1 de l'Accord de promotion et de protection des investissements entre le Mali et le Canada, en ligne, <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/mali/fipa-apie/index.aspx?lang=fra#sectC>.

⁹⁵⁵ TBI entre la Guinée et l'Union économique belgo-luxembourgeoise, voir Achille Ngwanza, « L'essor de l'arbitrage international en Afrique sub-saharienne : les apports de la CCJA » (2013) 3 Revue de l'Ersuma, Droit des affaires- Pratique professionnelle.

d'arbitrage sont offertes aux investisseurs étrangers qui vont choisir le système le plus avantageux pour leurs intérêts; certaines affaires pouvant se retrouver quelque fois devant des instances différentes comme le CIRDI ou la CNUDCI. Mais l'uniformisation des mécanismes de règlement des différends au sein de la CCJA permet d'obvier au morcellement du régime actuel qui joue sur la protection de l'intérêt général. Pour cela, il faudrait comprendre au préalable les particularités du système arbitral de l'OHADA.

Avant l'avènement des instruments juridiques de l'OHADA en matière d'arbitrage, la majorité des procédures d'arbitrage qui impliquaient des parties africaines se déroulaient en Europe ou en Amérique et presque sans une participation des juristes africains ni comme conseils encore moins comme arbitres⁹⁵⁶, au moment où « la réunion d'arbitres venant d'horizons divers, de cultures et de systèmes juridiques différents, est d'ailleurs devenue l'un des traits les plus marquants de l'arbitrage international et contribue à l'élaboration d'un droit véritablement international de l'arbitrage »⁹⁵⁷. Pour combattre cette sorte de « monopole géographique », en vertu duquel les sièges des tribunaux arbitraux sont à chaque fois fixés en Europe ou en Amérique, le législateur OHADA s'est vu dans l'obligation de moderniser le cadre juridique de l'arbitrage en Afrique. La volonté de délocaliser les arbitrages auxquels les États africains se trouvaient impliqués doublée de celle de promouvoir d'autres modes de règlement

⁹⁵⁶ Philippe Leboulanger, *L'arbitrage international Nord-Sud*, Études offertes à Pierre Bellet, Paris, Litec, N° 21, 1991; Eric Teynier et Farouk Yola, « un nouveau centre d'arbitrage en Afrique subsaharienne » (2001) 37 *Fiches techniques*, Accomex; Gaston Kenfack Douajni, « De la nécessité pour les arbitres originaires des pays en développement et en transition de participer à la mondialisation de l'arbitrage » (2006) 33 *Revue camerounaise Arb.*, p.3 et s.

⁹⁵⁷ Philippe Leboulanger, *L'arbitrage international Nord-Sud*, supra note 1046, p.237.

des différends au côté de la justice traditionnelle a motivé les réformes relatives à l'arbitrage dans l'espace OHADA.

Ces réformes résultent de l'adoption d'un Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage (AUDA)⁹⁵⁸ et du Règlement d'arbitrage de la CCJA⁹⁵⁹. L'AUDA tire sa source de l'article 2 du Traité OHADA qui inclut le droit de l'arbitrage dans les matières qui relèvent du domaine du droit des affaires. L'AUDA instaure la législation commune des États membres de l'OHADA en matière d'arbitrage. Aux termes de son article 1er, l'AUDA a vocation à s'appliquer à tout arbitrage dont « le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties »⁹⁶⁰. L'AUDA s'impose aux États membres de l'OHADA et constitue le droit commun de l'arbitrage applicable dans cette région de l'Afrique. Il vise des arbitrages *ad hoc* ou institutionnels régis par le droit de l'arbitrage applicable dans l'espace OHADA. L'arbitrage CCJA est quant à lui un arbitrage institutionnel, créé par le Traité OHADA et régis à la fois par le Traité qui lui consacre un titre entier et par le règlement d'arbitrage de la CCJA (et le cas échéant par l'AUDA, quand le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'espace OHADA). L'arbitrage CCJA, administré par la CCJA agissant en tant que centre d'arbitrage, obéit à ses propres règles relativement, notamment, à la sentence, laquelle bénéficie d'un exequatur communautaire, applicable dans tous les pays membres de l'OHADA.

⁹⁵⁸ Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage OHADA, adopté en Novembre 2017, en ligne <http://www.ohada.org/attachments/article/2290/Acte-Uniforme-relatif-au-droit-d-arbitrage-2017.pdf>.

⁹⁵⁹ Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), en ligne <http://www.ohada.org/attachments/article/2291/Reglement-d-Arbitrage-CCJA-2017.pdf>.

⁹⁶⁰ Article 1^{er} de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, en ligne <http://www.ohada.org/attachments/article/2290/Acte-Uniforme-relatif-au-droit-d-arbitrage-2017.pdf>.

La décision d'exequatur ne peut être annulée que dans quatre cas de figure dans le cadre de la CCJA⁹⁶¹ à la différence des sentences soumises au droit OHADA qui peuvent l'être dans six situations⁹⁶². L'article 26 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage stipule que « le recours en annulation n'est recevable que :

- a) Si le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée;
- b) Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement composé;
- c) Si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui a été confiée;
- d) Si le principe du contradictoire n'a pas été respecté;
- e) Si la sentence arbitrale est contraire à l'ordre public international;
- f) Si la sentence arbitrale est dépourvue de toute motivation ».

L'impact de l'exequatur CCJA est assez important, la décision rendue par les arbitres de la CCJA est exécutoire dans l'ensemble des États membres de l'OHADA⁹⁶³. L'exequatur régional de la CCJA s'impose aux autorités nationales dont le rôle se limite à apposer la formule exécutoire. Ce caractère communautaire de l'exequatur de la CCJA représente un intérêt indéniable pour les investisseurs qui souhaiteraient poursuivre l'exécution d'une sentence dans plusieurs pays au sein de l'espace OHADA⁹⁶⁴. D'autre part, la CCJA partage avec le CIRDI l'existence d'une immunité diplomatique dont bénéficient ses arbitres en vertu de l'article 49

⁹⁶¹ Article 25 du Traité OHADA

⁹⁶² Article 26 de l'Acte Uniforme; voir aussi, Gaston Kenfack Douajni, « L'expérience internationale de la CCJA de l'OHADA » *Dans Actes du 2eme Congres de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation ayant en partage l'usage du français (AJHUCAF) sur l'indépendance de la justice*, Dakar, 7-8 Novembre 2007, p.645 et s; Acka Assiehue, *Système d'arbitrage de la Cour Commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA : Guide pratique de procédure*, Paris, LGDJ, 2012.

⁹⁶³ Maurille Okilassali, « La participation des africains à l'arbitrage du CIRDI » (2001) 13 *Revue camerounaise arb.* p.17-19.

⁹⁶⁴ Achille Ngwanza, « L'essor de l'arbitrage international en Afrique subsaharienne : les apports de la CCJA » (2012) 4 *Journal africain du droit des affaires*, p.4.

du traité OHADA⁹⁶⁵. Cette immunité apparaît comme une protection utile en matière d'arbitrage d'investissement en permettant aux arbitres d'exercer leurs fonctions en toute sérénité sans se soucier d'éventuelles pressions d'où qu'elles viendraient⁹⁶⁶. La promotion de l'arbitrage dans l'espace OHADA représente ainsi un véritable atout pour l'investisseur étranger sans toutefois lui assurer une protection adéquate. Si le droit de l'AUDA peut se prêter sans difficulté particulière aux arbitrages d'investissements⁹⁶⁷, qu'en est-il de l'arbitrage institutionnel sous l'égide de la CCJA?

Il convient de rappeler que la CCJA a été conçue avant tout comme un centre d'arbitrage commercial. L'article 21 du Traité OHADA institue un arbitrage « en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage et qui désigne expressément les litigants comme « des parties à un contrat »⁹⁶⁸. Certains auteurs considèrent que cette dimension contractuelle de l'arbitrage empêcherait la CCJA d'administrer des arbitrages extracontractuels⁹⁶⁹. Cependant, la CCJA a pu s'affranchir de cette contrainte en refusant d'annuler une sentence qui avait

⁹⁶⁵ L'article 49 du Traité OHADA dispose que dans les conditions déterminées par un règlement, « les fonctionnaires et employés de l'OHADA, les juges de la Cour commune de justice et d'arbitrage ainsi que les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques. Les immunités et privilèges mentionnés ci-dessus peuvent être, selon les circonstances, levés par le Conseil des Ministres. En outre, les juges ne peuvent être poursuivis par des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la Cour ». Voir aussi, Philippe Leboulanger, « l'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique » (1999) Rev. Arb, p.586.

⁹⁶⁶ Kenfack Douajni, « L'expérience internationale de la CCJA de l'OHADA » *supra* note 1052 à la p 62.

⁹⁶⁷ L'article 2 alinéa 2 de l'AUA dispose que « les États et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent aussi être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

⁹⁶⁸ L'article 9 du Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit que « lorsque, *prima facie*, il n'existe pas entre les parties de convention d'arbitrage visant l'application du présent règlement, si la défenderesse décline l'arbitrage de la cour, ou ne répond pas dans le délai de quarante-cinq (45) jours, visé ci-dessus à l'article 6, la partie demanderesse est informée par le Secrétaire Général qu'il se propose de saisir la Cour en vue de la voir décider que l'arbitrage ne peut avoir lieu ».

⁹⁶⁹ P Meyer, « L'arbitrage CCJA », Dans Paul Gerard Pougoué, Encyclopédie du Droit OHADA, Lamy, 2001; B Gueye et S. N Tall, « Commentaire du Traité OHADA », Dans OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, 3^{ème} éd., Paris, Juriscope, 2008.

prononcé des condamnations sur un fondement délictuel⁹⁷⁰. L'arbitrage CCJA s'apparente davantage à un arbitrage commercial qui ne recouvre pas les mêmes spécificités que l'arbitrage d'investissement où les préoccupations d'intérêt général des États sont primordiales. En matière commerciale, les arbitres examinent la bonne ou la 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 normative⁹⁷¹. L'arbitrage d'investissement se déroule le plus souvent indépendamment de toute clause compromissoire et s'accommode mal de la confidentialité. Or, l'article 14 du Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit une confidentialité à laquelle il n'apparaît pas possible de déroger pour « les travaux de la Cour relatifs au déroulement de la procédure arbitrale [...] ainsi que les réunions de la cour pour l'administration de l'arbitrage. Cette confidentialité couvre les documents soumis à la Cour ou établis par elle à l'occasion des procédures qu'elle diligente ». Le même article ajoute que cette confidentialité s'étend sous réserve d'un accord contraire de toutes les parties, aux sentences arbitrales. Il est clair que cette disposition heurte les impératifs de transparence de l'arbitrage d'investissement. L'arbitrage d'investissement se caractérise aussi par le développement de la pratique *de l'amicus curiae*. Elle est prévue et encadrée par l'article 37. 2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI de même que par le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il n'existe rien de tel dans le règlement d'arbitrage de la CCJA.

Il résulte de ces développements que l'OHADA peut être à même de conférer les outils nécessaires à la CCJA pour traiter des différends relatifs aux investissements si elle fait siennes

⁹⁷⁰ CCJA, arrêt 11/2011, 29 novembre 2011, État du Mali c. ABS International Corporate Ltd.

⁹⁷¹ Olivier Cuperlier, « La protection des investissements dans les pays de l'espace OHADA : un modèle transposable pour une *lex mediterranea* », supra note 946, p. 234.

certaines adaptations. Il y va de sa survie pour répondre aux préoccupations d'intérêt général de ses États membres. Par ailleurs, la vocation régionale affirmée par le traité voulant « soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États parties » n'est pas censé poser de problèmes dans la mesure où cette condition devrait toujours être remplie en matière d'arbitrage d'investissement. Le réaménagement de l'arbitrage CCJA et son adaptation à l'arbitrage d'investissement lui permettrait de mieux sauvegarder l'intérêt général de ses États membres lors des différends y relatifs.

Toutefois, il faudrait retenir que l'arbitrage d'investissement fait l'objet d'une vague de contestations de la part de l'opinion publique, d'où sa remise en cause de part et d'autre de la planète. Les motifs de telles contestations portent essentiellement sur « des enjeux liés à la marge de manœuvre règlementaire des États, l'impartialité réelle ou supposée des arbitres, la cohérence de la jurisprudence arbitrale ou la transparence des processus de désignation des arbitres »⁹⁷². La question de limitations du pouvoir règlementaire de l'État est une actualité brûlante dans le débat de la légitimation de l'arbitrage investisseur État. Elle s'est déclinée dans plusieurs affaires arbitrales dont les plus récentes s'illustrent par *Vattenfall contre l'Allemagne*⁹⁷³ et *Philip Morris contre l'Australie*⁹⁷⁴. Certaines poursuites intentées par des entreprises étrangères contre les

⁹⁷² Hervé Prince « Contribution de l'accord économique et commercial global (AECG) au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur État » *supra note* 917, p.12.

⁹⁷³ *Vattenfall AB et autres c. République fédérale allemande*, (2012) ARB/12/12, en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/12>, consulté le 02 février 2018. Pour une analyse de l'affaire, voir Nathalie Bernasconi Osterwalder et Rhea Tamara Hoffman, « La sortie du nucléaire en Allemagne sur le banc d'essai d'un recours d'arbitrage international d'investissement? Aperçu du plus récent différend entre Vattenfall et l'État allemand (II) », IISD Briefing Note Briefing, Juin 2012.

⁹⁷⁴ *Philip Morris Asia Limited c. Australie*, (2012) 2012- 12, en ligne : <https://www.italaw.com/cases/851>, consulté le 06 janvier 2018. Philip Morris soutient que les mesures anti-tabac du gouvernement australien imposant des paquets de tabac neutres (plain packaging) aux manufacturiers est une restriction sur l'utilisation de ses marques de commerce et lui cause un préjudice grave.

États hôtes d'investissement, notamment, les affaires *Methanex corporation c le gouvernement des États-Unis d'Amérique*⁹⁷⁵, *Metalclad c les États-Unis du Mexique*⁹⁷⁶ démontrent également l'importance du foisonnement de la jurisprudence arbitrale dans le cadre du pouvoir règlementaire des États. L'affaire *Metalclad c les États-Unis du Mexique*⁹⁷⁷ illustre parfaitement le fait que les prérogatives de l'État en matière de protection de l'environnement sont bien souvent sacrifiées au profit de l'intérêt des investisseurs étrangers.

La capacité de réglementation de l'État dans des matières touchant à la vie, à la santé et à l'environnement est compromise sans compter les faramineuses indemnités payées sur les fonds publics des États. Cette situation est également notable sur le continent africain où de nombreux États ont été impliqués dans des arbitrages d'investissement au sein du CIRDI. En effet, les pays africains ont été impliqués dans cent onze (111) affaires liées à des différends en matière d'investissement, soit environ un cinquième de l'ensemble des affaires d'arbitrage documentées fondées sur des traités entre 1972 et 2014⁹⁷⁸. La majorité de ces affaires portent sur la violation de dispositions conventionnelles ou contractuelles par l'État hôte de l'investissement. Dans l'affaire *Antoine Goetz c République du Burundi*, le CIRDI a fait droit à une demande d'indemnisation soumise par un investisseur belge en se fondant sur l'article 4 du TBI conclu entre la Belgique et le Burundi. Le tribunal arbitral a qualifié le retrait des

⁹⁷⁵ *Methanex Corporation c United States of America* (2005) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>.

⁹⁷⁶ *Metalclad Corporation c. The United Mexican States*, supra note 34.

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ Commission économique pour l'Afrique, Rapport sur les politiques d'investissement et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : implications pour l'intégration régionale, supra note 747, p.12.

avantages fiscaux par le Burundi, d'expropriation indirecte, car il a détourné l'investisseur des bénéfices qu'il pouvait attendre de ses droits.

Les mêmes conclusions se retrouvent dans l'affaire opposant l'État du Mali à la société des mines de Loulo devant le CIRDI⁹⁷⁹. Dans cette affaire, la société des mines a fait l'objet de plusieurs redressements fiscaux qu'elle a estimé attentatoires à la clause de stabilisation incluse dans la convention de 1993 qui la lie à l'État malien. L'article 14 de cette convention précise que « aucun autre impôt, droit, contribution ou taxe de quelque nature que ce soit direct ou indirect, qui est ou à l'avenir imposé à l'État à n'importe quel niveau ne sera dû par les parties, leurs sociétés affiliées ou sous-traitants, pendant la période d'exploitation »⁹⁸⁰. C'est sur la base de cette clause que SOMILO a saisi le tribunal arbitral au motif que la retenue au titre de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (IBIC) et de la retenue sur la TVA dont elle avait fait l'objet dans le cadre de redressements, contrevient à cette clause de stabilité du régime fiscal incluse dans la convention d'établissement de 1993. Ces deux retenues au titre de la TVA et de l'IBIC ont été introduites par les textes postérieurement à l'entrée en vigueur de la convention de 1993 à savoir la loi du 1^{er} avril 1999 portant modification du code général des impôts, modifiée par la loi du 18 janvier 2002. SOMILO a ainsi estimé que cette violation de la clause de stabilisation lui cause un préjudice et a saisi le CIRDI pour obtenir le dégrèvement total de redressements consécutifs à la loi de 2009. La SOMILO a obtenu gain de cause et l'État malien a été condamné à restituer le montant desdits redressements fiscaux. Le Mali a été également

⁹⁷⁹ *Société des Mines de Loulo SA c. République du MALI* (2015) ARB/13/16, CIRDI.

⁹⁸⁰ Convention d'établissement entre la Mine de LOULO SA et le Gouvernement de la République du MALI portant mise en valeur et exploitation des mines d'or, en ligne <http://www.mines.gouv.ml/conventions-avec-les-soci%C3%A9t%C3%A9s-min%C3%A8res>.

condamné en 2003 dans une affaire similaire l'opposant à la société d'exploitation des mines d'or de Sadiola⁹⁸¹.

Ces différentes affaires illustrent la marginalisation voire la banalisation des préoccupations de l'État d'accueil de l'IDE par les arbitres du CIRDI. La remise en question du pouvoir de réglementation des États africains sur les préoccupations d'intérêt général a largement contribué à réduire la confiance de ces États en l'arbitrage d'investissement au sein du CIRDI. Or, la majorité des différends opposant un État partie de l'OHADA à une entreprise en matière d'investissement est traitée par l'arbitrage au sein du CIRDI. Dans la logique d'une hausse du nombre de différends relatifs aux TBI dans l'espace OHADA, « l'intérêt d'une solution d'origine locale se fait de plus en plus prégnant dans le but d'une meilleure protection de l'intérêt général. L'Union européenne l'a bien compris lorsqu'elle a maintenu l'arbitrage d'investissement dans le cadre de l'AECG tout en resserrant les règles applicables. C'est ainsi qu'« un investisseur ne peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de la présente section quand l'investissement a été fait au moyen de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d'une conduite équivalente à un abus de droit »⁹⁸². Une telle disposition a l'avantage comme le précisait Hervé Prince, « de rehausser le niveau d'exigence, de bonne foi et de transparence dont le non-respect pourrait entraîner l'irrecevabilité d'une poursuite »⁹⁸³.

⁹⁸¹ *Société d'exploitation des Mines d'or de Sadiola Sa c. République du MALI* (2002) ARB/1/5 CIRDI.

⁹⁸² Article X. 17. 3 de l'Accord Économique et Commercial Global (AECG).

⁹⁸³ Hervé Prince, « Contribution de l'accord économique et commercial global (AECG) au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur État », *supra note* 917 à la p.36. Voir aussi, August Reinisch & Lukas Stifter, « European Investment Policy and ISDS » (13 novembre 2014), en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=2564018>> (consulté le 19 novembre 2015). Pour une analyse plus poussée de l'argument relatif à l'illégalité de l'investissement, voir Jarrod Hepburn, « In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the « Defence » of Investor Illegality in Investment Arbitration » (2014) 5-3 *Journal of International Dispute Settlement* 531, en ligne: <http://jids.oxfordjournals.org/content/5/3/531.abstract>, consulté le 14 septembre 2018.

Dans la même optique, l'introduction d'une annexe⁹⁸⁴ précisant des notions controversées comme l'expropriation indirecte⁹⁸⁵ ou encore le traitement juste et équitable⁹⁸⁶ révèle cette volonté de remodeler l'arbitrage d'investissement. L'interprétation de ces concepts a donné lieu à des incohérences dans la jurisprudence d'investissement. L'article 8.9.1 du Traité AECG affirme clairement « le droit pour les parties à l'AECG de réglementer et de réaliser les objectifs légitimes de leur politique publique, tels ceux visant la santé publique, la sécurité, l'environnement, la moralité publique, la protection des consommateurs et la protection sociale, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle »⁹⁸⁷. L'Annexe 8-A précise que « sauf de rares cas, désormais, les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien être public, par exemple en matière de santé, de sécurité et d'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte »⁹⁸⁸. Ces dispositions novatrices dans le cadre de l'AECG qui s'inspirent des nouveaux traités de protection des investissements conclus par le Canada et les États-Unis, ont pour objectif d'améliorer l'arbitrage investisseur-État en restreignant la marge de manœuvre interprétative des arbitres.

⁹⁸⁴ À propos de l'annexe et plus généralement de l'influence de l'ALENA, voir notamment, Filippo Fontanelli & Giuseppe Bianco, « Converging Towards NAFTA: an Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », (2014) 50 *Stan. J Int'l L.* 211, 232; Voir aussi, Nikos Lavranos, « The new EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA model as the new Plurilateral Model BIT text? » (29 mars 2013), en ligne: <<http://ssrn.com/abstract=2241455>>, consulté le 19 novembre 2015. L'auteur suggère que l'adoption du modèle de l'ALENA pourrait éventuellement mener à un accord multilatéral sur l'investissement.

⁹⁸⁵ Annexe X. 11 de l'AECG.

⁹⁸⁶ Hervé Prince, « Contribution de l'accord économique et commercial global (AECG) au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur État », *supra note* 917.

⁹⁸⁷ Leila Lankarani, *La nouvelle version de l'AECG et l'arbitrage en matière d'investissement direct étranger*, dans Hervé Agbodjan PRINCE, *Accord économique et commercial global (AECG), Esprit et dynamique d'un bilatéralisme nouveau*, Montréal, Yvon Blais, 2017, p.456.

⁹⁸⁸ Reprise de l'ancienne version, Annexe X-11, elle-même équivalente à l'annexe des Accords de protection des investissements conclus par le Canada et les États-Unis d'Amérique; voir C TITI, « Le droit de réglementer et les nouveaux accords de l'Union européenne sur l'investissement » (2015) 1 *Journal du droit international* 39 et s.

D'un autre côté, à l'antipode du modèle de l'AECG, la Commission européenne dans le cadre des négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement s'est lancée dans une démarche de règlement des litiges en matière d'investissement assez différente. Elle a introduit un projet de mécanisme de règlement des différends dénommé, *Investment court system* (ICS). Dans ce système, les litiges seraient confiés à la demande de l'investisseur qui conserverait son droit de saisine directe, non pas à un tribunal arbitral, mais à un panel de juges désignés par les deux parties. Ces juges seraient tenus de statuer au terme d'une procédure publique. Ce qui est innovant dans ce processus concerne davantage la possibilité faite aux parties de faire appel de la décision ainsi adoptée. L'appel permet d'aboutir à une décision définitive, mais il est limité dans ses motifs, puisqu'il ne peut reposer que sur une erreur dans l'interprétation de la loi, une erreur manifeste dans l'appréciation des faits ou l'un des cas de recours en nullité prévus par la Convention de Washington⁹⁸⁹.

De ces initiatives, il apparaît que l'arbitrage d'investissement est à la croisée des chemins, les défis de l'heure ainsi que les enjeux auxquels il doit faire face nécessitent quelques réaménagements. Nous pensons que l'OHADA devrait tirer parti de ce remodelage de l'arbitrage d'investissement international pour adapter son système arbitral aux impératifs de cet arbitrage d'investissement. En le faisant, la question de l'introduction des demandes reconventionnelles lorsque l'investisseur étranger ne respecte pas ses obligations et responsabilités⁹⁹⁰ serait tout aussi pertinente. Même si la doctrine n'est pas assez développée en matière de demandes

⁹⁸⁹ Arnould de Nanteuil, *Droit international de l'investissement*, supra note 5, p. 474.

⁹⁹⁰ Walid Ben Hamida, « L'arbitrage État- investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? » (2005) 7 : 4 Int Law Forum Droit Int.

reconventionnelles et si la jurisprudence y demeure clairsemée pour ne pas dire rare⁹⁹¹, elles sont pourtant d'actualité. Celles-ci concernent le débat actuel portant sur la responsabilisation des investisseurs privés. Les requêtes reconventionnelles au profit des États pourraient se fonder sur la violation par l'investisseur privé, d'un engagement contractuel ou d'une disposition de droit interne ou international en matière fiscale, environnementale ou sociale.

Il apparaît superfétatoire de rappeler les enjeux que comportent pour l'État l'avantage des demandes reconventionnelles. En introduisant des demandes reconventionnelles, les États auraient la possibilité de contester le comportement des investisseurs eu égard aux standards nationaux et internationaux relatifs à la protection de l'environnement ainsi que des droits de l'homme⁹⁹². L'admission des demandes reconventionnelles pourrait engendrer un rééquilibrage entre les intérêts des États et ceux des investisseurs privés tout en permettant aux arbitres de prendre en considération d'autres valeurs non marchandes liées aux principes fondamentaux de la société⁹⁹³. Elles procéderaient de la protection de l'intérêt général des États membres de l'OHADA si cette organisation parvient à les introduire dans le corpus juridique de l'Acte uniforme prospectif relatif à l'investissement international. L'uniformisation des

⁹⁹¹ Dans l'affaire *Saluka investments B.V c/ République Tchèque*, une demande reconventionnelle avait été introduite par l'État. Mais elle fut rejetée au motif que les comportements contestés, ne pouvaient pas être attribués à l'investisseur. De même, dans l'affaire *SGS c/ Philippines*, l'investisseur semble avoir donné son accord à l'introduction des demandes reconventionnelles par l'État. Dans cette affaire, les philippines ont reproché à l'investisseur un comportement frauduleux. Tout en contestant cette prétention quant au fond, l'investisseur a soutenu qu'il appartient au tribunal de l'examiner. Donc dans ces deux affaires, l'investisseur privé a été favorable à l'introduction des demandes reconventionnelles par l'État et n'a pas hésité à donner son acceptation pour que le tribunal arbitral examine de telles demandes. En se référant ainsi à la pratique arbitrale, très peu d'affaires ont été introduites par un État ou un de ses démembrements, voir *Gabon c/ Société serete S.A* (1978) ARB/76/1, Ordonnance de désistement ; *Tanzania electric supply co. Ltd c/ Independant power tanzania Ltd*, (2001) ARB/98/8.

⁹⁹² Walid Ben Hamida, « L'arbitrage État- investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? » *supra* note 990 à la p 262.

⁹⁹³ Walid Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral, réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 2003.

investissements dans l'espace OHADA servirait d'une part, à protéger l'intérêt général des États membres de manière substantielle, en l'occurrence dans le secteur minier; et d'autre part, de façon procédurale en permettant aux États parties de mieux se défendre face aux abus des entreprises transnationales et d'instituer quelques obligations à leur charge.

Conclusion chapitre 2

Dans le cadre du dernier chapitre de cette thèse, l'OHADA a été proposée comme cadre de référence pour une meilleure protection de l'intérêt général. Outre la vocation régionale de cette organisation ainsi que le succès qu'elle connaît, elle a été identifiée comme étant une piste de réflexion intéressante pour une meilleure protection de l'intérêt général dans l'exploitation minière au Mali. Le Mali, à l'instar des autres pays de l'espace OHADA, dispose d'un cadre juridique de l'IDE qui marginalise les préoccupations d'intérêt général. Ces États sont également victimes de l'asymétrie de pouvoirs de négociation avec les entreprises multinationales dans le cadre des conventions d'établissement d'un côté et de l'autre avec les États en voie de développement dans les traités d'investissement. Bien plus, l'éparpillement de compétences au niveau des institutions ainsi que de la matière de l'IDE en général et dans le secteur minier en particulier, mine la protection de l'intérêt général. L'exemple du secteur minier malien constitue une illustration d'une protection de l'intérêt général inefficace et ineffective.

La régionalisation des actions dans le cadre de l'OHADA va permettre de mettre au cœur des politiques d'investissement les préoccupations d'intérêt général. En s'inspirant d'expériences étrangères, notamment, le modèle de l'Union européenne, une uniformisation de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA est censée réduire l'éparpillement des compétences

ainsi que l'asymétrie des pouvoirs de négociation. En mettant à la disposition de ses États membres, un traité d'investissement type qui intègre des obligations à la charge des investisseurs étrangers et des clauses permettant de clarifier des notions controversées comme l'expropriation indirecte. Les fondements clés de cette uniformisation de l'IDE dans le corpus juridique de l'OHADA vont porter sur les règles d'admission axées sur les priorités nationales de développement, la protection des droits de l'homme, l'intégration des normes de RSE ainsi que sur la négociation de TBI par l'OHADA avec des États tiers pour le compte de ses États membres.

La mise en œuvre d'une telle uniformisation va nécessiter un partage de compétences entre l'OHADA, les législations nationales d'investissement avec les autres organisations d'intégration régionale qui encadrent d'ores et déjà l'IDE. Pour rendre effective une telle uniformisation, des mécanismes de règlement des différends uniformes dans le cadre de la CCJA permettrait à l'OHADA de mieux donner corps à cette uniformisation. Pour ce faire, la CCJA devrait ainsi s'adapter aux réalités de l'arbitrage d'investissement.

Conclusion de la deuxième partie

La deuxième partie de cette recherche avait pour ambition de proposer un cadre de référence pour une politique d'équilibre entre promotion, protection de l'investissement et protection des préoccupations d'intérêt général de l'État hôte. Le chapitre premier de cette deuxième partie a porté sur les stratégies de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) perçues comme un mécanisme complémentaire aux législations minières maliennes. Si elles possèdent un potentiel de régulation, leur portée juridique limitée couplée à un manque d'effectivité réduit considérablement leur efficacité quant à assurer la protection de l'intérêt

général. La mise en œuvre de la RSE au Mali souffre particulièrement de cette insuffisance malgré les innovations adoptées par le législateur malien en la matière. Les initiatives de RSE ont révélé la nécessité de leur encadrement par les pouvoirs publics. Cela nous permet de comprendre que les initiatives de RSE à elles seules ne peuvent aucunement assurer une protection efficace et effective de l'intérêt général. Si le cadre national et sous régional démontre une certaine incapacité pour assurer une meilleure protection de l'intérêt général, le contexte régional a été considéré salvateur. La vocation régionale de l'OHADA ainsi que son domaine d'harmonisation lui donnent les atouts nécessaires pour poser les jalons d'un cadre de référence pour une politique d'équilibre. Cette organisation fait d'ores et déjà l'objet d'un franc succès qui pourrait profiter à une uniformisation harmonieuse de l'investissement dans son corpus juridique. L'OHADA comporte également une cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), une juridiction supranationale qui met en avant une application uniforme du droit OHADA. Les préoccupations d'intérêt général ne pourront être que mieux sauvegardées avec pareille institution dont la finalité ultime est de soutenir le développement de ses États membres. Il ne peut y avoir de développement sans une protection adéquate des droits de l'homme et un développement durable et pérenne au service des populations.

Conclusion Générale

Aux termes de cette recherche, deux idées principales sont à retenir :

- La protection de l'intérêt général dans l'exploitation minière malienne reste perfectible et nécessitent que des pistes de réflexion soient préconisées.
- Les pistes de réflexion préconisées pour une meilleure protection de l'intérêt général ont privilégié une uniformisation des règles d'investissement dans le corpus juridique de l'OHADA.

La première partie de cette recherche nous a permis de démontrer que la protection de l'intérêt général demeure lacunaire. En effet, si les préoccupations d'intérêt général font partie des objectifs assignés dans le cadre des politiques et législations minières au Mali, la question de la mise en œuvre reste problématique. L'analyse des politiques et législations minières a certes révélé l'importance du secteur minier pour l'État malien qui en a fait un des moteurs de son développement au lendemain des indépendances sans toutefois relever le pari. Bien que le secteur agricole a occupé une place centrale durant cette période, l'idée d'une souveraineté des États sur leurs richesses naturelles a largement contribué à une mainmise de l'État sur les activités minières. Seul l'État, ses démembrements ainsi que les collectivités rurales avaient le droit de posséder et même de mener les activités de recherche et d'exploitation minière. Les entreprises étrangères ne pouvaient à l'époque que conclure des contrats dit d'exécution avec les entreprises d'État ou les collectivités rurales. Ce n'est que vers les années 1970-1980 que le secteur minier fut véritablement ouvert aux étrangers et au secteur privé dans l'espoir de soutenir l'État malien face aux crises financières auxquelles il était confronté. Toutefois, le secteur public demeurait prédominant en raison du fait que l'État détenait encore jusqu'à 70% des parts sociales. Le secteur minier n'a pas connu de véritable décollage à cette époque, la première mine qui était

en exploitation fut un échec. L'État malien passait par une période de crises financières qui a abouti à l'adoption de programme d'ajustement structurel (PAS).

C'est à partir des années 1991 que de nouvelles réformes minières furent adoptées, notamment, l'institution d'un nouveau code minier et l'adoption d'une Déclaration de politique minière en 1998. Ces nouvelles réformes ont été soutenues voire initiées par les IFI qui vont se focaliser sur la mise en place de mesures incitatives et promotrices de l'IDE dans le secteur minier. Les politiques minières mises en œuvre dans le contexte des pays africains ont été qualifiées d'*investment - led*⁹⁹⁴, c'est-à-dire que les politiques adoptées se focalisent davantage sur l'importance d'attirer les investisseurs étrangers en leur offrant des conditions favorables pour la conduite de leurs activités. Le rôle de l'État se limite à l'administration des ressources publiques et à la facilitation du climat des affaires. L'objectif était de mettre le secteur privé au cœur des activités minières, l'État ne devant jouer à cet effet qu'un rôle de régulateur des ressources minières. Cette substitution de l'État par le secteur privé dans l'exploitation minière au Mali a certes augmenté les flux d'IDE, mais elle a entraîné une marginalisation des préoccupations d'intérêt général. Les enjeux environnementaux, sociaux et de protection des droits de l'homme apparaissent comme secondaires face à la nécessité d'attirer l'investissement international. L'installation d'une mine est considérée comme une manne financière pour l'État malien qui ne doit en aucune façon souffrir d'aucune entorse. Malgré ce focus sur les mesures incitatives en vue d'attirer l'IDE, le développement n'a aucunement été une réalité en

⁹⁹⁴ Amadou KEITA, « *Responsabilité sociale des entreprises minières et développement communautaire dans les zones minières au MALI, du volontariat à l'obligation juridique, une perspective du terrain* » dans Bonnie Campbell et Myriam Laforce, *La responsabilité sociale des entreprises dans le secteur minier : réponse ou obstacles aux enjeux de légitimité et de développement en Afrique?* Québec, Presses Universitaires du Québec, 2016.

l'occurrence, le développement durable. L'indice de développement humain (IDH) du Mali était à 0.407 en 2013, ce qui place le Mali parmi les douze (12) pays les moins développés du classement du Programme des nations unies pour le développement (PNUD)⁹⁹⁵.

Il faudrait noter que les politiques et les législations minières mises en œuvre n'assurent pas une protection efficace et effective des préoccupations d'intérêt général. Ces dernières englobent les enjeux de développement durable et de protection des droits de l'homme. La prise en compte de ces dimensions est incontournable dans le cadre actuel de l'IDE de manière générale et particulièrement dans le secteur minier. C'est cette prise en compte qui permettrait de mettre en œuvre une politique d'équilibre, la question d'équilibre étant fondamentale dans le cadre de l'appropriation de la notion d'intérêt général. Des jalons pour une politique d'équilibre entre promotion, protection et sauvegarde de l'intérêt général ont été proposés dans le cadre de la deuxième partie de cette recherche. Les initiatives de RSE ont tenté, à un moment donné, d'incarner le mécanisme qui permettrait une politique d'équilibre, l'évolution des relations économiques internationales a très vite mis en branle leurs limites de régulation. Ainsi, leur portée juridique limitée ainsi que les problèmes liés à leur effectivité dans le contexte de l'exploitation minière au Mali ont sonné le glas de la nécessité de leur encadrement par les pouvoirs publics. C'est cette tendance de juridicisation de la RSE qui est de plus en plus sollicitée.

Mais il a fallu faire appel à l'OHADA pour réussir le pari d'une véritable politique d'équilibre. Organisation d'intégration à vocation régionale, elle comporte des atouts significatifs pour être le réceptacle d'une uniformisation des règles d'investissement.

⁹⁹⁵ <https://www.populationdata.net/palmares/idh/afrique/>.

L'OHADA fait l'objet d'un succès sans précédent qui inspire outre-mer. En outre, l'environnement juridique de l'OHADA met en exergue l'éclatement d'un régime juridique applicable à l'IDE et une asymétrie de pouvoirs de négociation entre entreprises multinationales et États hôtes de l'IDE, notamment, les pays en voie de développement (PED). L'asymétrie des pouvoirs de négociation entre ces deux parties prenantes justifierait le recours au phénomène régional.

En se basant sur le succès de l'OHADA et en s'inspirant des modèles qui existent, une véritable uniformisation de l'IDE se dessine. Celle-ci va se focaliser sur les priorités nationales de développement des États membres de l'OHADA ainsi que la protection des préoccupations d'intérêt général. Les piliers de cette uniformisation du cadre juridique de l'IDE dans la charpente juridique de l'OHADA vont porter sur les phases d'admission et de protection. Si l'uniformisation des règles de protection de l'IDE peut ne pas apparaître surprenante, celle des règles d'admission relève d'une véritable innovation dans la mesure où elle n'existe nulle part ailleurs. Les réalités économiques et sociales des États membres de l'OHADA rendent nécessaires une uniformisation des règles d'admission. Elle sera en mesure de mieux répondre à l'asymétrie des pouvoirs qui préside à la négociation des conditions d'admission de l'IDE. Cela particulièrement dans le cadre de l'exploitation des ressources naturelles qui ne doivent plus faire l'objet de bradage par les États parties à l'OHADA. Les préoccupations d'intérêt général en termes de développement local, de prise en compte des intérêts des communautés locales dans les projets miniers, de protection des droits de l'homme, de celle de l'environnement seront au cœur de cette uniformisation du régime juridique de l'IDE en droit OHADA.

L'OHADA étant une organisation d'intégration juridique dont la finalité ultime est l'harmonisation du droit des affaires, elle dispose d'ores et déjà des armes nécessaires pour la réussite de l'uniformisation prônée. Pour ce faire, il est clair qu'elle devrait adopter le virage de l'évolution du droit des affaires vers le droit économique. Cette évolution positive lui permettrait sans nul doute de se mettre en phase avec les relations économiques internationales. D'autre part, pour la mise en œuvre concrète d'une uniformisation des règles d'admission et de protection, le transfert de compétence en matière d'IDE n'est pas exclusif. C'est la voie du partage de compétences qui a été dès lors préconisée dans cette recherche avec les autres organisations d'intégration régionale qui encadrent déjà cette matière. Ce partage s'avère également impératif avec les législations nationales d'investissement en raison de la souveraineté des États, notamment, pour les aspects fiscaux. L'intervention de l'OHADA se focalisera sur la mise en place de conditions générales liées à la protection des préoccupations d'intérêt général que les entreprises minières doivent respecter lors de leur implantation de tout projet d'investissement en ce qui concerne la phase d'admission. La phase de protection va se concentrer sur la rédaction d'un traité d'investissement type auquel tous les États membres de l'OHADA vont devoir se référer, en l'occurrence, quant à la clarification des critères spécifiques à l'expropriation indirecte. Il faudrait également noter qu'une uniformisation des règles substantielles à l'IDE en droit OHADA ne vaut sans celle des mécanismes de règlement des différends. Ces mécanismes sont disparates et permettent majoritairement le recours à l'arbitrage CIRDI. Ce dernier comporte des insuffisances quant à la prise en compte des préoccupations d'intérêt général des États hôtes d'investissement. Il serait pertinent que les États membres de l'OHADA donne compétence à la CCJA pour connaître les litiges relatifs à l'IDE. Le remodelage d'une telle institution devant se mettre en phase avec les objectifs et les

spécificités de l'arbitrage d'investissement apparait plus que nécessaire et ne relève nullement d'une gageure.

Parallèlement à ces pistes de réflexion pour une meilleure protection de l'intérêt général dans le cadre juridique de l'OHADA, il est important de préciser que cela n'occulte pas la responsabilité des États de jouer leur partition. Dans le contexte minier malien, il incombe à l'État malien, au vu du nouveau projet de code minier, d'adopter les mesures nationales nécessaires pour mieux prendre en compte les préoccupations d'intérêt général. A cet égard, les normes de RSE, la mise en place d'un système fiscal efficace, la promotion de liens étroits entre le secteur minier et le reste de l'économie nationale doivent constituer le cheval de bataille du nouveau code minier malien. Mais au-delà, le Mali traverse présentement une crise sécuritaire sans précédent dans sa partie septentrionale couplée à une crise politique au sud du pays. Cette crise a fortement influencé sur l'attractivité de ce pays quant à sa capacité à promouvoir l'investissement international et à protéger les préoccupations d'intérêt général. Une enquête du Fraser Institute qui analyse les avantages et les désavantages compétitifs d'un pays en ce qui concerne son attractivité auprès des investisseurs, a révélé que les principales barrières à l'investissement dans le secteur minier sont l'insécurité, l'instabilité politique, le manque d'infrastructures. En effet, le Mali est passé de 23^e place (sur 79) dans le classement en 2010-2011 à la 87^e place (sur 96) en 2012-2013⁹⁹⁶ à cause de la crise qu'il traverse. Cette situation démontre à suffisance l'influence négative que produit cette crise sécuritaire et politique sur la promotion et la protection de l'investissement international.

Le Mali doit remédier à cette insuffisance pour assurer une meilleure protection de l'intérêt général car celle-ci ne pouvant se réaliser si les investisseurs internationaux ne se présentent pas. Reste à voir si les législateurs OHADA et malien seront du même avis que nous quant à la pertinence d'une uniformisation de l'IDE dans son ossature juridique. Nous l'espérons pour une

meilleure protection de l'intérêt général des États membres de l'OHADA.

⁹⁹⁶ Fraser institute mining survey.

Bibliographie

OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX :

Akam Akam, André. *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, coll Harmathèque.com, Paris, L'Harmattan, 2009.

Akabzaa M, Thomas *Boom and dislocation, the environmental and social impact of mining in the Wassa west district of Ghana, Africa*, third world network, 2000, p. 20.

Amboulou, Hygin Didace. *Le droit du développement et de l'intégration économique dans l'espace OHADA*, coll Études africaines, Paris, L'Harmattan, 2014.

Arbour, Jean Maurice et Gèneviève Parent. *Droit international public*, 6ème édition, Québec, Yvon Blais, Canada, 2012.

Arcas Rafael Leal. *International trade and investment law: multilateral, regional, and bilateral governance*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, Edward Elgar, 2010.

Arès Mathieu et Éric Boulanger, *L'investissement et la nouvelle économie mondiale: Trajectoires nationales, Réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

Argyrios, Fatouros. *Les principes directeurs de l'OCDE dans un monde en voie de mondialisation*, Paris, OCDE, 1999.

Arnaud de, Nanteuil. *Droit international de l'investissement*, coll EI Manuel, Paris, Éditions APedone, 2014.

Assiehue, Acka. *Système d'arbitrage de la Cour Comune de Justice et d'arbitrage (CCJA) de l'OHADA: guide pratique de procédure*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), 2012.

Audit Mathias, Pierre Callé et Sylvain Bollée. *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Paris, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éd, 2014.

Baby Oumar. *Kangaba et l'orpaillage traditionnel : quels impacts sur la vie des populations*, Mali, Bibliothèque de la Direction nationale de la Géologie et des mines du Mali, 1997.

Baddache, Farid. *Entreprises et ONG face au développement durable : l'innovation par la coopération*, Paris, L'Harmattan, 2004.

Bandoki, Serge. *Le droit minier et pétrolier en Afrique*, Paris, Edition Classique, 2008.

- Barthe, Nicole et Jean-Jacques Rosé. *RSE: entre globalisation et développement durable*, Bruxelles, De Boeck, 2011.
- Bastida, Elizabeth, Thomas W. Wälde et Janeth Warden-Fernández. *International and Comparative Mineral Law And Policy: Trends And Prospects*, Kluwer Law International, 2005.
- Bebey Modi Koko, Henri-Désiré. *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC)*, coll Jus data, Dianöia, Chennevières-sur-Marne, 2008.
- Benyekhlef, Karim. *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Québec, Montréal, éd Thémis, 2008.
- Bergel Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, 4ème, Paris, Dalloz, 2003.
- Berns Thomas, Pierre-François Docquir, Benoit Frydland, Ludovic Hennebel et Gregory Kewkowitz, *Responsabilité des entreprises et Co-régulation*, Bruxelles, Buylant, 2007.
- Bettems Denis. *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Le Mont-sur-Lausanne, Méta-Éditions, 1989.
- Bjorklund, Andrea K., August Reinisch et Edward Elgar Publishing. *International investment law and soft law*, coll Elgaronline, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2012.
- Bocoum, Brigitte. *The new mining legislation of Cote d'Ivoire: some comparative features*, Geneva, Switzerland, United Nations Conference on Trade and Development, 1997.
- Bonnet, François Saint. *L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2015.
- Bonomo, Stéphane. *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.
- Boulouis, Jean. *Droit institutionnel des communautés européennes*, 2^e édition, Paris, Montchrestien, 1990.
- Bourrinet Jacques, Christian Beullac. *Les investissements français dans le Tiers-monde*, Paris, Economica, 1984.
- Bourel Marie-Ange Moreau, Francesco Francioni et Anne-Elisabeth Villain-Courrier, *La dimension pluridisciplinaire de la responsabilité sociale de l'entreprise, The pluridisciplinary dimension of corporate social responsibility*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.
- Boy, Laurence, Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siirriainen. *Droit économique et droits de l'Homme*, Larcier, 2009.

- Brabandere, Eric de et Tarcisio Gazzini. *Foreign investment in the energy sector: balancing private and public interests*, coll Nijhoff international investment law series; v 2, Leiden Boston, Brill, 2014.
- Brent D, Beal. *Corporate social responsibility: definition, core issues, and recent developments*, Los Angeles, SAGE, 2014.
- Byung-Hwa, Lee. *L'IDE des pays en développement : un vecteur d'échanges et de croissance*, Paris, OCDE, 2002.
- Cadiet, Loïc. *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, coll Bibliothèque de l'institut André Tunc 48, Paris, IRJS éd, 2013.
- Campbell, Bonnie. *Les enjeux de la bauxite : la Guinée face aux multinationales de l'aluminium*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1983.
- Campbell, Bonnie K., Thomas M. Akabzaa et Paula Butler. *Enjeux des nouvelles réglementations minières en Afrique*, Nordiska Afrikainstitutet, 2004.
- Campbell Bonnie K, Thomas M Akabzaa. *Ressources minières en Afrique : quelle réglementation pour le développement?* Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010.
- Campbell Bonnie et Myriam Laforce, *La responsabilité sociale des entreprises dans le secteur minier, réponse ou obstacle aux enjeux de légitimité et de développement en Afrique?* Québec, Presses de l'Université du Québec, 2016.
- Campbell McLachlan. *International investment arbitration: substantive principles*, Oxford, Toronto, Oxford University Press, 2007.
- Chantal Cans. *Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences*, Actualités juridiques du droit administratif, 2003.
- Capron, Michel. *La responsabilité sociale d'entreprise*, Nouv éd., coll Collection Repères 477, Paris, La Découverte, 2010.
- Capron Michel, Françoise Quairel et Marie - France Turcotte. *ISO 26000, « une norme hors norme »? : Vers une conception mondiale de la responsabilité sociétale*, coll Collection Recherche en gestion, Paris, Economica, 2011.
- Carbonnier, Jean. *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004.
- Carreau, Dominique. *Droit international économique*, Paris, 4e Dalloz, 2010.
- Carreau, Dominique et Patrick, Juillard. *Droit international économique*, Paris, 5 ème édition Dalloz, Paris, 2013.

- Carreau Dominique, Juillard Patrick, Jean-Marc Sorel. *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009.
- Cassan, Hervé. *Contrats internationaux et pays en développement*, Paris, Economica, 1989.
- Causse Hervé, Marcel Sinkondo et Théodore Georgopoulos. *Le concept d'investissement : regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- Charles, Oman. *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers ? Une étude de la concurrence entre gouvernements: Une étude de la concurrence entre gouvernements*, OECD Publishing, 2000.
- Charles-Albert, Michalet. *La séduction des nations, ou, Comment attirer les investissements*, Paris, Economica, 1999.
- Charvin, Robert. *L'investissement international et le droit au développement*, Paris, L'Harmattan, 2002.
- Chauveau, Alain et Jean-Jacques Rosé. *L'entreprise responsable: développement durable, responsabilité sociale de l'entreprise, l'éthique*, Paris, Éditions d'Organisation, 2003.
- Chavy Frédéric, Nicolas Postel et Richard Sobel, *Responsabilité sociale de l'entreprise, nouvelle régulation du capitalisme*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2016.
- Chenut Kathia Martin et René de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit*, Paris, A Pedone, 2016.
- Chevallier Jacques et Danielle Loschak. *Science administrative*, Paris, LGDJ, 1978.
- Cissé, Oumar. *Le Droit Minier face à la Souveraineté des États*, Allemagne, Éditions universitaires européennes, Deutschland, 2013.
- Coase, Ronald. *The nature of the firm*, Paris, Economica, 1937.
- Collins, David. *An introduction to international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Cordonier Marie-Claire, Markus W Gehring et Andrew Paul Newcombe. *Sustainable development in world investment law*, Alphen an den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011.
- Cordula A, Meckenstock. *Investment protection and human rights regulation: two aims in a relationship of solvable tension*, 1 ed., Baden-Baden, Nomos, 2010.
- Cornu Gérard. *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de la France PUF, 7ème édition, coll Quadridge, 2005.

- Cuendet- Robert, Sabrina. *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement: contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Daugareilh, Isabelle *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- David, René. *Les méthodes de l'unification dans le droit comparé- droit d'hier, droit de demain*, Paris, Economica, 1982.
- Deblock, Christian. *Le partenariat transatlantique, un accord commercial de 3ème génération*, *Annuaire français des relations internationales*, Paris, Université Panthéon-Assas, 2014.
- Deblock, Christian, Joël Lebullenger et Stephane Paquin, *Un nouveau pont sur l'atlantique, l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2015.
- De Luca, André. *New developments on the scope of the EU Common Commercial policy under the Lisbon Treaty: investment liberalization vs. Investment protection*, Yearbook on international investment law and policy (2012-2011), Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Diarra, Pobanou Hugues et Madeleine Sauvage. *L'or est-il l'une des futures sources de richesses pour le Mali? : résultats du Projet Or Bagoé : document de travail*, Centre Djobil, 1991.
- Didier Pierre, Michael Hann, Hervé Prince, Catherine Schmitter, Alexandre Thillier, *Politique commerciale commune, Comment J. Mégret*, 3^e édition, Bruxelles, Institut d'études européennes, 2014.
- Didier Truchet. *La notion de la fonction d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1977.
- . *les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1977.
- Dieudonné Edouard Onguene Onana. *La compétence en arbitrage international relatif aux investissements: les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- Djiré, Moussa et Abdel Kader Dicko. *Les conventions locales face aux enjeux de la décentralisation au Mali*, Paris, KARTHALA 2007.
- Djiré Moussa et Amadou Keita, *Manuel à l'intention des formateurs des communautés vivant dans les zones minières*, Bamako, Mali, International Institute of environment and development, Groupe d'étude et de recherche en sociologie et droit appliqué, 2010.

- Diouf, Makhtar. *Intégration économique, perspectives africaines*, Dakar, Nouvelles Éditions africaines/Publisud 1984.
- Dolzer, Rudolf. *Principles of international investment law*, Second edition., Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012.
- Dougall, Mac. *The benefits costs of private investment from abroad: a theoretical approach*, The economic Record, 1960.
- Doumbo Moussa, Amadou Keita Moussa Djiré Kadari Traoré Kader Traoré Djibonding Dembelé Arouna Dembelé Mamadou Samassekou. *Communautés locales et « manne aurifère » : les oubliées de la législation minière malienne*, Bamako, IIED, 2008.
- Dubigeon, Olivier. *Mettre en pratique le développement durable : quels processus pour l'entreprise responsable?*, Paris, Village Mondial, 2002.
- Dubouis, Louis et Claude Gueydan. *Les grands textes du droit de l'Union européenne. Tome 1. Traités, institutions, ordre juridique*, 7e éd., coll Grands textes, Paris, Dalloz, 2005.
- Dugan F, Christopher. *Investor-state arbitration*, New York, Oxford University Press, 2008.
- Du Marais Bertrand. *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004.
- Dupuich, Françoise. *Regards croisés sur la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE)*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- Dupuy, Pierre-Marie, Francesco Francioni et Ernst-Ulrich Petersmann. *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- El-Zein, Leila Lankarani. *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- Emery, James. *Administrative barriers to foreign investment: reducing red tape in Africa*, Washington, DC, World Bank, 2000.
- Engels Xavier et al, *de l'intérêt général à l'utilité sociale*, Paris, Harmattan, 2006.
- Fénéon, Alain. *Les grands articles de doctrine de l'OHADA*, Paris, Juris Africa, 2013.
- Ferone, Geneviève. *Le développement durable*, Paris, Éditions d'Organisation, 2001.
- Feuer Guy et Hervé Cassan, *droit international du développement*, Paris, Coll. Précis 2eme éd. Dalloz, 1990.
- Filali, Osmann. *Vers une lex mediteranea des investissements*, Bruxelles, Bruylant 2016.
- Fisette, Jacques. *La décentralisation dans les pays en voie de développement, point de repères méthodologiques*, Villes et développement, Montréal, 1990.

- Fouchard, Philippe. *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, coll Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement ; v 1, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- Fouret Julien, Dany Khayat, Alain Pellet, Stéphane Beaulac. *Recueil des commentaires des décisions du CIRDI (2002-2007)*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- Gaillard, Emmanuel. *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004.
- Galbraith, John Kenneth et Jean-Louis Crémieux-Brilhac. *La science économique et l'intérêt général*, Paris, Gallimard, 1981.
- Ganem, Pierre-Henri. *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux: grands projets : mines, énergie, métallurgie, infrastructures*, Paris; Bruxelles, Forum européen de la communication, Bruylant, 1998.
- Gazzini, Tarcisio et Eric de Brabandere. *International investment law: the sources of rights and obligations*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Pub, 2012.
- Gendron, Corinne et Bernard Girard. *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, Armand colin/recherches, 2013.
- Gilles, Anne. *La définition de l'investissement international*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012.
- Giorgio Sacerdoti, Pia Acconci, Mara Valenti and Anna De Luca. *General interest of host States in international investment law*, New York, Cambridge University Press, 2014.
- Girard, André. *Étude préliminaire d'impact économique résultant d'une production aurifère sur le territoire de la République du Mali*, Bamako, Direction nationale de la géologie et des mines du Mali, 1998.
- Guillermo Aguilar, W Reisman (William Michael). *The reasons requirement in international investment arbitration : critical case studies*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Guillien Raymond et Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 10^{ème} éd., Dalloz, 1995.
- Guinard, Dorian. *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion des services d'intérêt général*, Paris, Harmattan, 2012.
- Guy Isaac et Marc Blanquet. *Droit communautaire général*, Paris, Dalloz, 2001.
- Häberli, Christian. *Les investissements étrangers en Afrique : avec des études de cas portant sur l'Algérie et le Ghana*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.
- Hamilton, Geoffrey. *Les entreprises multinationales : effets et limites des codes de conduite internationaux*, Les Dossiers de l'Institut de recherche et d'information sur les multinationales, Genève, Paris, PUF, 1984.

- Hamoniaux, Thomas et Francis Hamon. *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001.
- Hamiou Maurice. *Précis de droit administratif*, Paris, 12^{ème} édition, Sirey, 1933.
- Hans, Christiansen, Pamela Duffin. *Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement*, Paris, Organisation de coopération et de développement économiques, 2005.
- Harvard Halland, Martin Lokanc et Arvind Nair. *Le secteur des industries extractives : points essentiels à l'intention des économistes, des spécialistes des finances publiques et des responsables politiques*, Washington, World Bank Publication, 2016.
- Hatem, Fabrice. *Investissement international et politiques d'attractivité*, Paris, Economica, 2004.
- Haufler, Virginia. *A public role for the private sector: industry self-regulation in a global economy*, Washington, DC, Carnegie Endowment for International Peace, 2001.
- Haynes, Kathryn, Alan Murray et Jesse F. Dillard. *Corporate social responsibility: a research handbook*, Milton Park, Abingdon, Oxon, Routledge, 2013.
- Hiez David et Severine Menetrey. *L'effectivité du droit économique dans l'espace OHADA*, Paris, L'harmattan, 2016.
- Hilderling, Antoinette. *International law, Sustainable development and Water management*, Deldt, Eburon Publishers, 2004.
- Ho Lok Sang, *Health policy and the public interest*, New York, Routledge, 2013.
- Hopkins, Michael. *Corporate social responsibility and international development: is business the solution?* London Sterling, VA, Earthscan, 2007.
- Horchani, Ferhat. *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*, Paris, Pedone, 2006.
- Hugues, Kenfack et Justine Dikko Tchoukang. *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise: efficacité et compétitivité (1993-2013)*, Juta and Company, coll Journées de recherche du CREDO, Claremont, 2014.
- Hygin Didace, Amboulou. *Le droit de l'arbitrage et des institutions de médiation dans l'espace OHADA*, coll Collection « Études africaines » Série Droit, Paris, L'Harmattan, 2015.
- Ibriga Luc Marius, Saib Abou Coulibaly et Dramane Sanou, *Droit communautaire Ouest Africain*, Ouagadougou - Burkina Faso, UFR des sciences juridiques et politiques de l'Université de Ouagadougou, 2008.
- Isaac, Guy. *Droit communautaire général*, 8e éd., coll Collection U Droit, Paris, Colin, 2001.

- Jeswald W, Salacuse. *The law of investment treaties*, Oxford, Toronto, The Oxford international law library, 2010.
- . *The three laws of international investment: national, contractual, and international frameworks for foreign capital*, First edition, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2013.
- Kabashi, Adolphe Bambi. *Le droit minier congolais: A l'épreuve des droits foncier et forestier*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2012.
- Kahn, Philippe. *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000.
- Karl, Joachim. *La protection de la sécurité nationale dans les accords internationaux d'investissement (AII)*, New York, Genève, Nations Unies, 2009.
- Kebadjian, Gérard. *Les théories de l'économie politique internationale*, Paris, Seuil, 1999.
- Keita Amadou, Moussa Doumbo et Kader Traoré. *Morila: maintenant et après! Où va l'argent de la mine?*, Bamako, Mali, Groupe d'étude et de recherche en sociologie et droit appliqué (GERSDA) et la Fondation pour le développement au Sahel (FDS), 2012.
- Kenfack Douajni, Gaston. *L'arbitrage OHADA*, coll Droit OHADA et droits communautaires africains 1, Pau, PUPPA/Presses de l'Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014.
- Kessedjian, Catherine. *Le droit européen et l'arbitrage d'investissement European Law and Investment Arbitration: [colloque tenu le 8 décembre 2010, à Paris]*, Paris, Éditions Panthéon-Assas : LGDJ, 2011.
- Kodo, Mahutodji Jimmy Vital. *L'application des actes uniformes de l'OHADA*, coll Publications de l'Institut universitaire André Ryckmans no 5, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2010.
- Koko Henri-Désiré Bebey Modi, *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC)*, coll Jus data, Chennevières-sur-Marne, Dianoïa, 2008.
- Kuate Tameghe, Sylvain Sorel et Paul-Gérard Pougoué. *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, coll Études africaines, Paris, L'Harmattan, 2010.
- Kuimo Nkenni Mbemo, Bertrand. *OHADA, droit de l'arbitrage : Étude des missions de l'arbitre Tableau de bord du praticien de l'arbitrage commercial*, Saarbrücken, Editions universitaires européennes, 2012.
- Kulick Andreas. *Global Interest in international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

- Kwemo, Stéphanie. *L'OHADA et le secteur informel : l'exemple du Cameroun*, coll Droit/Économie international, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012.
- Laforce Myriam, Campbell Bonnie K et Bruno Sarrasin. *Pouvoir et régulation dans le secteur minier : leçons à partir de l'expérience canadienne*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2012.
- Laidi, Zaiki. *Un monde privé de sens*, Paris Fayard, 1994.
- Laird, Ian A et Nina P Mocheva. *Investment treaty arbitration and international law*. v. 3, Huntington, NY, JurisNet, 2010.
- Laird, Ian A, Todd Weiler et Martin Endicott. *Investment treaty arbitration and international law*. v. 4, Huntington, NY, JurisNet, LLC, 2012.
- Lamodière, Jean. *L'évolution du droit des investissements étrangers au Maroc*, Aix-en-Provence, Centre de recherches et d'études sur les sociétés méditerranéennes, Marseille, 1977.
- Laviec, Jean-Pierre. *Protection et promotion des investissements : étude de droit international économique*, Paris, 1ère Presses universitaires de France, 1985.
- Le Bars, Benoit. *Droit des sociétés et de l'arbitrage international : pratique en droit de l'OHADA*, coll Pratique des affaires, Paris, Joly, 2011.
- Leben, Charles. *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements*, Paris, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006.
- Leben Charles, Bernard Audit. *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : aspects récents*, Paris, LGDJ, Louvain-la-Neuve, 2010.
- Leben, Charles et Catherine Kessedjian. *Le droit européen et l'investissement*, Paris, Université Panthéon-Assas : diff LGDJ, 2009.
- Leben, Charles. *Droit international des investissements et de l'arbitrage international*, Paris, Pedone, 2015.
- Leboulanger, Philippe. *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Paris, Économica, 1985.
- Le Flanchec Alice, Odile Uzan, Michel Doucin. *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Paris, Économica, 2012.
- Lenfant François et Sarr Massaran Traoré, *La montagne a accouché d'une souris, impact socio-économique de l'activité minière dans la région de Kayes au Mali*, International Alert et Giz Mali, Octobre 2015.

- Lépineux, François. *La RSE : La responsabilité sociale des entreprises : théories et pratiques*, coll Management Sup Stratégie de l'entreprise, Paris, Dunod, 2010.
- Lévesque, Marie-Claude. *Investissement direct étranger, souveraineté nationale et développement : l'exploitation et le commerce du cuivre au Chili*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2012.
- Lhuillier, Gilles. *Le droit transnational*, Paris, Dalloz, 2016, p.364.
- Lim E, Eghee. *Determinants of and the relation between foreign direct investment and growth: a summary of the recent literatur*, Washington, International monetary fund, DC, 2001.
- Littré, Émile. *Dictionnaire de la langue française*, t. 4, Paris, Gallimard, Hachette, 1972.
- Loquin Éric et Catherine Kessedjian. *La mondialisation du droit*, coll Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux ; v 19, Paris, Litec, 2000.
- MacMahon, Gary et Felix Remy. *Large Mines and the Community: Socioeconomic and Environmental Effects in Latin America, Canada and Spain*, Washington, World Bank Publications, 2001.
- Mainguy, Claire. *Les investissements directs étrangers dans les pays en développement la diversité des impacts*, Paris, L'Harmattan, 2004.
- Malecki, Catherine. *Responsabilité sociale des entreprises, perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2014.
- Malika Hattab-Christmann. *La réglementation des investissements directs étrangers : de la souveraineté nationale au marché mondial*, Toulouse, Laboratoire d'étude et de recherche sur l'économie, les politiques et les systèmes sociaux, Université des sciences sociales, 2002.
- Mamic, Ivanka. *Implementing codes of conduct : how businesses manage social performance in global supply chains*, Sheffield, England, Greenleaf Pub Geneva, 2004.
- Manciaux, Sébastien. *Investissements étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autres états : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004.
- Manin, Philippe et Jean-Claude Masclet. *L'Union européenne : union de droit, union des droits : mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin.*, Paris, Pedone, 2010.
- Marain Gaëtan. *La juridicisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix – Marseille, 2016.
- Martor, Boris. *Le droit uniforme africain des affaires issues de l'OHADA*, 2e éd., coll Litec professionnels Droit commercial, Paris, LexisNexis Litec, 2009.

- Mazuyer, Emmanuelle. *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, La Documentation française: Direction de l'information légale et administrative, 2010.
- Mehdi, Haroun. *Le régime des investissements en Algérie : à la lumière des conventions franco-algériennes*, Paris, Litec, 2000.
- Meier, Olivier et Guillaume Schier. *Entreprises multinationales: stratégie, restructuration, gouvernance*, Paris, Dunod, 2005.
- . *Gouvernance, éthique et RSE : état des lieux et perspectives*, coll Collection Recherche en management, Paris, Hermès science publications-Lavoisier, 2009.
- Mekki, Mustapha et Jacques Ghestin. *L'intérêt général et le contrat: contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004.
- Menetrey Séverine et Éric Balate, *Questions de droit économique : les défis des États africains?* Paris, Larcier, 2011.
- Meyer, Pierre. *OHADA : Droit de l'arbitrage*, coll Collection droit uniforme africain, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- Michalet, Charles Albert. *Mondialisation, la grande rupture*, Paris, Découverte, 2009.
- Mihaela Ailincăi et Sabine Lavorel. *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Paris, Editions APedone, 2013.
- Miles, Kate. *The origins of international investment law: empire, environment and the safeguarding of capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Monebhurrūn, Nitish. *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, Paris, L'harmattan, 2016.
- Mouloul Alhousseini. *Comprendre l'OHADA*, 1ère Édition NIN, 2000.
- Muchlinski Peter, Federico Ortino et Christoph Schreuer. *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford ; Toronto, Oxford University Press, 2008.
- Mukendi Wafwana, Emery. *Droit minier congolais*, Kinshasa, Juricongo, 2000.
- Mullerat, Ramon. *International corporate social responsibility : the role of corporations in the economic order of the 21st century*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business , The Netherlands, 2010.

- Murray, Gregor et Gilles Trudeau. *Équité, efficacité, éthique? : la régulation sociale de l'entreprise mondialisée = Equity, efficiency, ethics? : the social regulation of the global firm*, Québec, Université Laval, Département des relations industrielles, 2004.
- Nanteuil, Arnaud de et Guillaume Aéro. *L'accès de l'investisseur à la justice arbitrale : réflexions sur la procéduralisation du droit international de l'investissement*, coll Colloque, Paris, Editions Pedone, 2015.
- Ndoye, Doudou. *Organisations internationales africaines OHADA-UEMOA: études doctrinales*, Dakar, Paris, Ed juridiques africaines, 2008.
- . *La cour commune de justice et d'arbitrage des pays de l'OHADA: organisation, procédure et jurisprudence*, Paris, Éditions juridiques africaines, 2009.
- Ngoumtsa G, Anou. *Droit OHADA et conflits de lois*, LGDJ, Paris, 2013.
- Nikiéma, Suzy Henrique. *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, Presses Universitaires de France PUF, 2012.
- Norbert Roland. *Anthropologie juridique*, coll Droit politique et théorique, Paris, Presses Universitaires de France - PUF, 1988.
- Nourissat, Cyril. *Droit des affaires de l'Union européenne*, 3e éd., coll Hypercours Dalloz, Paris, Dalloz, 2010.
- Oman Charles. *Les nouvelles formes d'investissements internationaux*, Paris, OCDE, 1984.
- Oman, Charles. *Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers? : Une étude de la concurrence entre gouvernements*, OCDE, Paris, 2000.
- Oman Charles P, (Charles Pennington). *Globalisation et régionalisation : quels enjeux pour les pays en développement?*, Paris, Centre de développement de l'Organisation de coopération et de développement économiques, 1994.
- Ortino Federico, Audley Sheppard, Hugo Warner et Investment Treaty Forum. *Investment treaty law : current issues*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006.
- Osman, Filali. *Vers une lex mercatoria mediterranea : harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la méditerranée*, coll Droit méditerranéen, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2012.
- Otis, Ghislain. *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, KARTHALA, 2012.
- Otto, James. *The regulation of mineral enterprises: a global perspective on economics, law and policy*, Westminster, Colo, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2002.

- Paparinskis, Mārtiņš. *Basic documents on international investment protection*, coll Documents in international law, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Perez Roland, Frédéric Le Roy et Michel Marchesnay. *La responsabilité sociale de l'entreprise : mélanges en l'honneur du professeur Roland Pérez*, coll Collection Gestion en liberté, Colombelles France, Éditions EMS, Management & société, 2005.
- Perrin, Florence. *L'intérêt général et le libéralisme politique : entre droits et intérêts particuliers (XVIIe –XIXe siècle)*, Clermont Ferrand, Varenne, 2012.
- Pescatore Pierre. *Études de droit communautaire européen 1962-2007 : avec une liste bibliographique complémentaire*, coll Collection Droit de l'Union européenne Grands écrits 6, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- Pestre, Florent. *La responsabilité sociale des entreprises multinationales : stratégies et mise en œuvre*, Paris, L'Harmattan, 2013.
- Petit François, Daniel Belet et Front Jacques, *Tentatives d'une comptabilité élargie à responsabilité sociétale de l'entreprise ou comment concilier business et intérêt général?* Institut de recherche socio-économie des entreprises et des organisations, Rhône, Écully, 2013, Issue 94.
- Philippe Tiger. *Le droit des affaires en Afrique-OHADA*, Paris, Presses Universitaires de France, (PUF), coll Que sais-je? 1999.
- Pobanou Hugues Diarra et Madeleine Sauvage, *L'or est-il l'une des futures sources de richesses pour le Mali? : résultats du Projet Or Bagoé : document de travail*, Bamako, Centre Djobila, 1991.
- Postel, Nicolas. *La responsabilité sociale de l'entreprise : nouvelle régulation du capitalisme?* coll Capitalisme, éthique, institutions, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2011.
- Pougoué, Paul-Gérard. *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, LAMY, 2012.
- Pougoué, Paul-Gérard, Alain Fénéon et Jean-Marie Tchakoua. *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 2000.
- Prince, Hervé. *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG), Esprit et dynamique d'un bilatéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017.
- Puvimanasinghe, Shyami Fernando. *Foreign investment, human rights and the environment: a perspective from South Asia on the role of public international law for development*, Leiden Boston, Martinus Nijhoff, 2007.

- Rangeon, François. *L'idéologie deo ; l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986.
- Reinisch, August. *Recent developments in international investment law*, Paris, Pedone, 2009.
- Reinisch August et Knahr Christina. *International investment law in context*, Utrecht, The Netherlands, Eleven International Publishing, 2008.
- Sakho, Abdoulaye. *Les groupes de sociétés en Afrique : droit, pouvoir et dépendance économique*, coll Hommes et sociétés, Paris, Karthala ; Dakar, 2010.
- Saleem Ali H. *Mining, the Environment, and Indigenous Development Conflicts*, University of Arizona Press, 2009.
- Salem, Mahmoud. *Les contrats « clé en main » et les contrats « produit en main »: technologie et vente de développement*, Paris: Librairies techniques, 1979.
- Salem, Mahmoud et Marie-Angèle Hermitte. *Les contrats « clé en main » et les contrats « produit en main »: technologie et vente de développement*, Paris, Librairies techniques, 1979.
- Sangwani Patrick Ng'ambi, *Resource nationalism in international investment law*, London, New York, Routledge, 2016.
- Sarr, Amadou Y. *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, coll Collection de l'Institut de Droit des Affaires, Marseille, 2008.
- Sayegh Joseph Issa, Filiga Michel Sawadogo et Paul-Gérard Pougoué. *OHADA : traité et actes uniformes commentés et annotés 2014*, Paris, 4e éd., coll. Code vert, Chasseneuil-du-Poitou, Juriscope, 2014.
- Sayegh, Joseph Issa. *Droit uniforme des affaires OHADA*, 2011, Dakar, coll. Bibliothèque numérique du droit africain, Nouvelles éditions numériques africaines, 2011.
- Schaufelberger, Peter. *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement: étude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)*, Zürich Schulthess Polygraphischer, 1993.
- Schill Stephan W. *The multilateralization of international investment law*, Cambridge, UK, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Schill W Stephan. *International investment law and comparative public law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

- Schokkaert, Jan. *La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux: droit comparé, droit interne, conventions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- Schreuer, Christoph. *The ICSID convention: a commentary: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 2nd ed., Cambridge England, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Serres, François. *Responsabilité sociale des entreprises : L'entreprise entre développement durable et droit au développement ou comment sortir de l'«éthique en toc »?*, Juillet 2007.
- Smith, Adam. *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776.
- Sobczak, André. *Responsabilité globale : manager le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises*, Paris, Vuibert, 2011.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *Right to regulate and safe guards in the development dimension of FDI : Policy and rule making perspectives, proceedings of the expert meeting held in Geneva from 6 to 8 November 2002*, UNCTAD, 2003.
- Stéphane Doumbé-Billé et Alain Pellet. *Droit international et développement*, Paris, Pedone, 2015.
- Stern, Brigitte. *Un nouvel ordre économique international*, Paris, Economica, 1985.
- Surela Andrès Rigo, *Investment Treaty arbitration: judging under uncertainty*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2012.
- Szablowski, David. *Legitimacy and regulation in the global economy: legal mediation of conflicts between communities and transnational mining*, Oxford, Hart, 2006.
- . *Transnational law and local struggles: mining, communities, and the World Bank*, Oxford, Portland, Or, Hart Pub, 2007.
- Tairou Adam, Yafradou. *Préoccupations environnementales et droit de l'entreprise OHADA*, Paris, Harmattan, 2013.
- Tiger, Phillipe. *Le droit des affaires en Afrique-OHADA*, Paris, Presses Universitaires de France, (PUF, coll Que sais- je ?, 1999.
- Titi, Aikaterini. *The right to regulate in international investment law*, coll Studien zum internationalen Investitionsrecht ; v 10, Baden-Baden, Nomos, 2014.
- Travaux de l'Association Henri Capitant, *La mondialisation*, Journées Allemande, Bruxelles, Bruylant, 2017.

- Travieso Errecarte de Marchetti, Maria Marta. *Les incitations aux investissements internationaux: aspects juridiques*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 2000.
- Trébulle, Francois Guy et Odile Uzan. *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés, droit et gestion*, Paris, Economica, 2011.
- Tshiyombo, Louis. *Mines et Environnement en droit congolais: Le droit minier congolais aux prises avec les principes du droit international de l'environnement*, Allemagne, Éditions Universitaires Européennes, 2012.
- Tullio Treves, Francesco Seatzu and Seline Trevisanut. *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*, London and New York, Routledge Taylor and Francis Group, 2014.
- Turcotte, Marie-France et Anne Salmon. *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, coll Collection Pratiques et politiques sociales et économiques, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005.
- Vaillancourt, Jean-Guy, Corinne Gendron et René Audet. *Développement durable et responsabilité sociale: de la mobilisation à l'institutionnalisation*, Montréal, Presses internationales Polytechnique, 2010.
- Vézina, Nathalie. *Le droit uniforme : limites et possibilités*, Cowansville, Yvon Blais, Montréal, 2009.
- Visser, Wayne. *The A to Z of corporate social responsibility: a complete reference guide to concepts, codes and organisations*, Chichester, England, Mississauga, ONT, John Wiley & Sons, 2007.
- Vogel, David. *Le marché de la vertu : possibilités et limites de la responsabilité sociale des entreprises*, Paris, Economica, 2008.
- Waelde, Thomas W. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie : études de questions spécifiques*, Paris, Pedone, 2004.
- Wafwana, Emery Mukendi. *Droit minier I, Principes de gestion du domaine minier*, Kinshasa, Juricongo, 2005.
- Weber Jörg, Peter Muchlinski, Howard Mann, Joachim Karl. *Étude sur les différends entre États et investisseurs dans le contexte des accords d'investissement*, New York, Nations Unies, 2005.

- Weil, Prosper. *Écrits de droit international : théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- Weiler, Todd. *NAFTA investment law and arbitration: past issues, current practice, prospects*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, 2004.
- Williams, Oliver F. *Corporate social responsibility: the role of business in sustainable development*, coll Routledge global institutions series 79, London, Routledge, Taylor & Francis Group, 2014.
- Williamson John. *What should the bank think about the Washington consensus?* Peterson Institute, 1999.
- Issalys Pierre et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis du droit des institutions administratives*, 2e éd., Montréal, Yvon Blais, 2002.
- Zachary, Douglas. *The international law of investment claims*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2009.
- Zerk, Jennifer A. *Multinationals and corporate social responsibility limitations and opportunities in international law*, Cambridge, UK; New York, Cambridge University Press, 2006.

ARTICLES ET DOCUMENTS

- Achille Ngwanza. « L'essor de l'arbitrage international en Afrique sub-saharienne : les apports de la CCJA » [2013] 3 Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle.
- Acquier Aurélien et Jean Pascal Gond. « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) : à la découverte d'un ouvrage fondateur, social responsibilities of the businessman d'Howard Bowen » (2007) 10: 2 Finance, Contrôle, Stratégie 5-35.
- Akpoué Brou. « Droit des affaires et développement durable en Afrique: plaidoyer pour une prise en compte du risque environnemental dans le droit de l'OHADA (à la lumière du droit français) » [2010] 873 Penant : revue de droit des pays d'Afrique 440-461.
- Algadi, Aziber Seïd « L'attractivité contractuelle du droit des procédures collectives de l'espace OHADA » (2012) Droit & Expertise.
- Aryee, B.N.A. « Ghana's mining sector: its contribution to the national economy» (2001): 27 ressources policy, p.61-75.

- Ascension, Hervé. « L'amicus curiae devant les juridictions internationales » (2001) 105: 4 Revue générale de droit international public, p.897.
- Bachand Rémi, Martin GALLIE et Stephanie Rousseau, « Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques » (2003) 2 Annuaire de droit international, pp. 575-610.
- Bachand, Rémi, « SD Myers et les leçons du droit international » (2002) Observatoire des Amériques.
- Bachand, Rémi. « L'interprétation du droit international : une analyse par les contraintes » (2006) Société européenne de droit international, Paris, en ligne : <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Bachand.pdf>.
- Belley Jean-Guy. « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit » (2011) 26:2 Canadian Journal of Law and Society 257-276.
- Benkemoun, Laurent. « Sécurité juridique et investissements internationaux » (2006) 855 Penant.
- Nathalie Bernasconi Osterwalder et Rhea Tamara Hoffman, « La sortie du nucléaire en Allemagne sur le banc d'essai d'un recours d'arbitrage international d'investissement? Aperçu du plus récent différend entre Vattenfall et l'État allemand (II) », IISD Briefing Note Briefing, Juin 2012.
- Bocoum-Kaberuka, Brigitte. « The significance of mineral processing activities and their potential impact on African economic development » (1999) 11: 2 African development review =Revue africaine de développement.
- « Mines d'Afrique » [2001] 2915 Marchés tropicaux et méditerranéens 1873-1903.
- Boucobza X. « La prise en compte des intérêts de l'État dans le commerce international » 2 Révue de l'arbitrage 465-485.
- Boudouhi, Saida El. « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements » (2005) 51 Annuaire français de droit international 542.
- Bourque, Reynald. « Contribution des codes de conduite et des accords-cadres internationaux à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) », (2008) 57 : 2 Revue de l'IRES.
- Brugvin, Tchierry. « Les codes de conduite : un instrument à double tranchant » (2002) 359, Économie et humanisme.
- Caillet Marie Caroline et Gora Ngom, « Les entreprises transnationales et leur responsabilité sociétale » Sherpa, 2013, p.35.

- Campbell Bonnie et Myriam Laforce. « Les reformes des cadres règlementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective » (2010) 40:3 Recherches amérindiennes au Québec 69-84.
- Champion Emmanuel et Corinne Gendron, « La responsabilité sociale corporative en débat et en pratique, codes de conduite, normes, certifications », (2003) 16 Cahiers de la CRSDD, Montréal École des sciences de la gestion, UQAM.
- Colas, Amblard. « Intérêt général, utilité publique ou utilité sociale : quel mode de reconnaissance pour le secteur associatif? » (2010) 315 Revue internationale de l'économie sociale.
- Christakis, Théodore. « Quel remède à l'éclatement de la jurisprudence CIRDI sur les investissements en Argentine? La décision du comité ad hoc dans l'affaire CMS c/ Argentine » (2007) RGDIP.
- Decaux, Emmanuel. « La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite » (1983) Annuaire français de droit international, 1983.
- Deswartes, Marie Paul. « L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel » (1993) RFDC 23 et s.
- Diller, Janelle. « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissements? » (1999) 138: 2 Revue internationale du travail.
- Dimopoulos, Angelos. «The compatibility of future EU investment agreements with EU Law» (2012) 39 legal issues of economic integration.
- Duplessis, Isabelle. « La Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux : une nouvelle forme de régulation efficace? » (2004) Relations Industrielles/Industrial Relations, 2004.
- Eggert, Roderick. « reforming the rules for mining on federal lands » (1994) 17 Ressources.
- Fischer, Georges. « La souveraineté sur leurs ressources naturelles » (1962) 8 Annuaire français de droit international.
- Fleckinger, Pierre et Matthieu Glachant. « La responsabilité sociale de l'entreprise et les accords volontaires sont-ils complémentaires ? » [2009] Economie et Prévision.
- Fontanelli Filippo and Giuseppe Bianco, « Converging Towards NAFTA: An Analysis of FTA Investment Chapters in the European Union and the United States », (2014) 50 Stan. J Int'l L. 211, 232.
- Fouret Julien et Dany Khayat, « Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) » (2007) 20 : 1 Revue québécoise de droit international.

- Gaillard, Emmanuel. « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements » (2003) 3 Revue de l'arbitrage.
- Garane, Amidou. « Les préoccupations environnementales dans les expériences d'intégration économique régionale en Afrique : La nécessité d'une politique communautaire » (2001) 9:1 AFYO African Yearbook of International Law Online / Annuaire Africain de droit international Online 143-184.
- Gendron Corinne, Alain Lapointe et Marie France Turcotte, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée » (2004) 59 :1 Relations industrielles/Industrial Relations, p.73-100.
- Gendron Corinne et Jean Pierre Réveret, « le développement durable » (2000) 37 Économies et sociétés Série F « Développement, croissance et progrès ».
- Gendron, Corinne. « Codes de conduite et nouveaux mouvements socio-économiques : la constitution d'un nouvel ordre de régulation à l'ère de la mondialisation » (2006) 31 : 2 CBCA Complete summer.
- Glenn, Patrick. Unification of law, harmonisation of law and private international law, *Dans* Johan Erauw, Liber Memorialis Francois Laurent, Bruxelles, E. Story – Scientia, 1989.
- Hassane Boubacar. « Les contrats miniers » (2007) 233 New aspects of international Investment Law.
- Hepburn, Jarrod. « In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the « Defence » of Investor Illegality in Investment Arbitration » (2014) 5-3 Journal of International Dispute Settlement 531.
- Hermann, Lawrence. « Investment review in Canada: we can do better» (2011) 4:10 SPP Research Papers 1.
- Hiez David et Laurent Rémi. « La nouvelle frontière de l'économie sociale et solidaire : l'intérêt général? » [2011] 319 RECMA 36.
- Horchani, Ferhat. « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation » [2004] Journal du droit international 367-417.
- Juillard Patrick. « L'évolution des sources du droit des investissements » (1994) VI:250 RCDI P.21-36.
- « Freedom of establishment, freedom of capital movements, and freedom of investments» (2000) 15 ICSID Review FILJ 322.

- « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements » (2004) *Annuaire de droit international*, p. 675-676.

Kahn Philippe. « Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française » [1965] *Journal du droit international JDI* p. 338 ET S.

———. « Les investissements internationaux : nouvelle donne: un droit transnational de l'investissement » (2007) 1 *New aspect of international investment law* 3-41.

———. « Les définitions de l'investissement international » [2009] 21 *Cahiers internationaux*, Pedone 11-16.

Kamdem, Innocent Fetze. « Harmonisation, unification et uniformisation, plaidoyer pour un discours affirmé sur les moyens d'intégration juridique » (2009) 43 *RJT*.

Mouhamadou Madana Kane, *Traités bilatéraux d'investissement du Sénégal*, ACILP Country Bilateral Investment Treaties Assessment Reports, Issue N.1 Mars 2016.

Kanta Korotoumou, « Les politiques minières maliennes à l'aune des enjeux du développement économique et social » (2018) 01 *Cahiers du CIRDIS*.

Kassibo, Bréhima. « La Décentralisation au Mali : État des Lieux » [1997] 14 *Bull APAD*.

Kirat, Thierry. « Economie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? » (1998) 49:4 *reco* 1057-1087.

Kohler Gabrielle Kaufmann. « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité, entre intérêts privés et intérêt public » (2004) 32 : 9 *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international*.

Kenfack Gaston Douajni, « De la nécessité pour les arbitres originaires des pays en développement et en transition de participer à la mondialisation de l'arbitrage » (2006) 33 *Revue camerounaise Arb*.

Laforce Myriam. « L'évolution des régimes miniers au Canada : l'émergence de nouvelles formes de régulation et ses implications » (2010) 1: 30 *Revue canadienne d'études du développement* 49-68.

Lalive, Jean-Flavien. « Contrats entre états ou entreprises étatiques et personnes privées: développements récents » [1983] *Recueil des cours = Collected courses* t 181 (1983) 9-283.

Lavranos, Nikos. « New developments in the interaction between international investment law and EU Law » (2010) 9 *The law and practice of international courts and tribunals*.

- Leben, Charles. « Un nouveau bilan des théories et réalités du droit international » (2005) tome 297 RCADI.
- Leben, Charles. « Les investissements miniers dans le tiers-monde: Réflexions sur la décennie écoulée » (1986) CLUNET 895-957.
- Leboulanger, Philippe. « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales dans le système OHADA » (2000) 833 Penant : revue de droit des pays d'Afrique Penant 166-169.
- Lemieux, Charlotte. « La protection de l'eau en vertu de l'article 982 C. c. Q : problèmes d'interprétation » (1992) 23 RDUS, p.191-194.
- Lemieux Denis et Sabine Mekki, « la révision judiciaire en vertu du chapitre 11 de l'ALENA (Canada c. SD Myers) » (2004) 45 : 4 Les Cahiers de Droit, p.791-820.
- Levesque, Céline « Distinction entre l'expropriation et la réglementation » (2003) 33 R.G.D.70.
- Levine, Eugenia. « amicus curiae in International investment arbitration: the implications of an increase in Third-Party participation» (2011) 29:1 Berkeley Journal of international law, p.207.
- Loncle Jean Marc. « La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI » (2006) 3 RDAI/IBLJ 319-331. P.23.
- Loncle Jean-Marc et Rollez Damien Philibert. « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissements » (2009) 3 RDAI/IBLJ 267-292.
- Mainguy, Claire. « Investissements étrangers et développement : le cas du secteur de l'or au Mali » (2013) 162:2 Mondes en développement 87-87.
- Mainguy, Claire. « La mondialisation par les investissements au Mali » (2005) 31 Cahier GEMDEV 6-11.
- Malcom Taggart. « The free entry mineral allocation system in Canada's North: economics and alternatives » (1998) 6 Can Arct Resour Comm.
- Manciaux Sébastien. « Que disent les textes OHADA en matière d'investissements? » (2012) 1 Revue de l'ERSUMA Droit des Affaires Pratique professionnelle, en ligne : Revue de l'ERSUMA Droit des Affaires Pratique professionnelle.
- Manirakiza, Pacifique. « La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique » (2016) 49 : 2 Criminalité environnementale.
- Mann F.A. « British treaties for the formation and protection of investment » (1981) 24: 244 British Yearbook of international law.

- Marcoux, Jean Philippe « Droits de la personne et activités minières en Afrique » (2003) 452 : 453
Revue de la ligue des droits de l'homme.
- Masamba, Roger. « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique » (2006) 116: 855 Penant :
revue de droit des pays d'Afrique Penant 137-150.
- . « L'optimisation du processus d'harmonisation du droit des affaires en Afrique » [2008]
Revue de droit international et de droit comparé 253-271.
- . « Avantages comparatifs des actes uniformes de l'OHADA » (2009) Penant 489-503.
- Mbaye, Kéba. « La contribution de l'OHADA à l'arbitrage commercial international » (2001) Law
of international business and dispute settlement in the 21st century 535-543.
- Mbaye, Kéba. « L'historique et les objectifs de l'OHADA » (2004) 205 Petites Affiches.
- Mbaye, Kéba. « Avant-propos du numéro spécial OHADA » (1998) 827 Revue Penant.
- Meissonnier Georges et Jean Claude Gautron, « Analyse de la législation africaine en matière de
droit des sociétés » (1976) : 3 RJPIC.
- Merland Guillaume. « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux »
(2004) 16 Cahiers du conseil constitutionnel.
- Merry Sally Engle, « legal pluralism » (1998) 22: 5 Law and Society Review.
- Meyer, Pierre. « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA, dix ans après l'Acte Uniforme »
(2010) 3 Revue de l'arbitrage.
- Nigel Bankes and Cheryl Sharvit. « Free entry mineral regimes and aboriginal title » (1998) 25: 3
Northern perspectives.
- Okilassali, Maurille. « La participation des africains à l'arbitrage du CIRDI » (2001) 13 Revue
camerounaise arb.
- Ouédraogo, Seni. « Les problèmes juridiques relatifs à la communautarisation du droit des
investissements dans l'espace UEMOA » (2012) 58 Annuaire français de droit international.
- Parra, Antonio. « Principles governing foreign investment as reflected in national investment codes
» (1992) 7 (2) ICSID Review – FILJ.
- Petiteville, Frank. « Les processus d'intégration régionale, vecteurs de recomposition du système
international ? » (1997) 28: 3 Études internationales.
- Pistors Katarina. « The standardization of law and its effects on developing economies » (2000) 24:
4 Centre for international development.

- Pougoué Paul Gérard. « OHADA, instrument d'intégration juridique » *Revue Africaine des sciences juridiques* » (2011) 2: 2 *Revue Africaine des sciences juridiques* 11 et S.
- Prince, Hervé Agbodjan. « La contribution de l'Accord économique et commercial global au débat sur la contestation de l'arbitrage investisseur États » (2015) 20:2 *Lex Electronica* 1.
- Prince, Hervé et Stephane Rousseau, « La loi sur investissement Canada à l'épreuve de l'attractivité, contribution à la modernisation du cadre juridique canadien de l'investissement » (2016) 94 *Revue du Barreau canadien*.
- Prince, Hervé. « Quelle place réserver à l'investissement direct étranger dans le droit OHADA? Réflexions à partir des expériences européenne et nord-américaine » (2017) 1 *Bulletin de droit économique*, Université de Laval.
- Prujiner, Alain. « L'expropriation, l'ALENA et l'affaire Metalclad » (2003) 5 *International Law Forum de droit international*.
- Quairel Françoise et Michel Capron, « le couplage responsabilité sociale et développement durable : mise en perspective : enjeux et limites » (2013) 1 : 11 *Revue française de Socio Économie* 125-144.
- Reinisch August & Lukas Stifter, « European Investment Policy and ISDS » (2014).
- Rodié, Ivana. *Responsabilité sociale de l'entreprise- le développement d'un cadre européen*, Genève, 2007.
- Rosenberg, Dominique. « Les codes des investissements : un exemple de souveraineté dans un ordre économique inégalitaire » (1978) *RJPIC*.
- Rozec, Philippe. « La norme ISO 26000 : un nouveau souffle pour la responsabilité sociale des entreprises? », *JCP S* 2010, 1548.
- Santos, Sousa « Law: a map of misreading, toward a post-modern conception of law » (1989) 14: 3 *Journal of law and society*.
- Sayegh Issa Joseph. « L'intégration juridique des États africains de la zone franc » » (1997) 823 *Revue Penant*.
- Sber, Thomas Eilman. « bilateral investment treaties and EU law » (2009) 46 *Common Market law Review*.
- Shan, Wenhua. « Towards a common european Community policy on investment issues » (2001) *JWIT*.

- Sobczak, André. « La responsabilité sociale de l'entreprise, menace ou opportunité pour le droit du travail? » (2004) 59: 1 Relations industrielles/Industrial Relations.
- Speier Monique Pongracic, « Confidentiality and the public interest exception, considerations for mixed international arbitration » (2002) 2 the journal of world investment, pp. 231-265.
- Stern, Brigitte. « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur » (2002) 2 Revue de l'arbitrage 245-329.
- Stern, Brigitte. « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur » (2007) 1 Revue de l'arbitrage.
- Tchotourian, Ivan. « La reconnaissance juridique de l'entreprise citoyenne ou la conséquence de la perception nouvelle de l'entreprise en tant que construction collective », CDACI Travaux et publications, 2008.
- Teynier Eric et Farouk Yola, « Un nouveau centre d'arbitrage en Afrique subsaharienne » (2001) 37 Fiches techniques, Accomex.
- Tienhaara, Kyla « Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments » (2007) 16: 2 RECIEL 230.
- Tomuschat, Christian. « International law: ensuring the survival of mankind on the Eve of a new country » (1999) 281: 10 Recueil des cours 25.
- Trébulle François Guy, « Stakeholders Theory et droit des sociétés » (2006) 1^{ère} partie, Bull. Joly, §282, p.1342.
- Tshibende Louis Daniel Muka. « S'installer pour affaires dans l'espace OHADA » (2010) : 67 Lamy, Actes du colloque sur la sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : le droit OHADA, organisé par le centre de droit économique de l'Université Paul Cézanne d'Aix-Provence.
- Vanderlinden, Jacques. « Vers une nouvelle définition du pluralisme juridique » (1993) 2 RRJ p.573.
- Velasco Manuel Diez de. « La protection diplomatique des sociétés et actionnaires » (1974) 142 Recueil des cours 87.
- Vera, Bolgar. « L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique » (1965) 17 : 2 RIDC Revue Internationale de Droit Comparé.
- Vicuna Orriego. « Regulatory Authority and legitimate expectation: balancing the rights of the state and the individual under international law in a global society » (2003) 3 International Law Forum du droit international.

- Virally, Michel. « La Charte des droits et des devoirs économiques des États » (1974) 20 : 20 Annuaire français de droit international.
- Waibel Michael «Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E » (2007) Leiden Journal of International Law.
- Walde Thomas. « Investment under the 1994 Energy charter treaty » (1995) 29: 5 Journal of World trade law.
- Walid Ben Hamida. « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » (2008) 135: 4 Journal du droit international P. 999.
- Walid Ben Hamida. « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu: dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé? » (2005) 12 I L F d i 261-272.
- « La participation des personnes publiques sub-sahariennes à l'arbitrage relatif aux investissements » (2012) 881 Penant : revue de droit des pays d'Afrique.
- Wambo Jérémie. « L'arbitrage CCJA » (2011) Numéro Spécial Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique professionnelle Décembre.
- Xerexhe Etienne. « L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale » (1999) : 39-40 Revue burkinabé de droit 21 et s.
- Yabi, Gilles Olakounlé. « Les investissements directs étrangers sont-ils réellement un moteur de la croissance dans les pays en développement? Les résultats mitigés d'une analyse empirique » (2004) 25: 2 Canadian Journal of Development Studies/Revue canadienne d'études du développement 275-291.
- Youmsi Joseph. « L'OHADA : un instrument pour le développement des investissements dans un climat de sécurité juridique et judiciaire » (1997) 30 Juridis Périodique 98 et s.
- Youssoufa Hamadou Daouda. « Responsabilité sociétale des multinationales en Afrique subsaharienne : enjeux et controverses, cas du groupe AREVA » (2014) 14: 1 Vertigo- Revue électronique en sciences de l'environnement.

CHAPITRES DE LIVRES ET ACTES DE COLLOQUE

- Bachand Rémi. « L'indétermination du droit, légitimité des institutions et Droit international de l'investissement » Dans *L'investissement et la nouvelle économie mondiale: Trajectoires nationales, Réseaux mondiaux et Normes internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 83-111.
- Bencheneb Ali. « L'évolution de la notion d'investissement » Dans *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, France, Pedone, 2009.
- Blacaby Nigel. « Public interest and investment treaty arbitration » Dans *Confidentiality and the public interest exception. Considerations for mixed international arbitration*, The journal of world investment, 2, 2002, 231-265.
- Blanc, Gérard. « Droit du développement et droit de l'OHADA », Dans Hugues Kenfack et Justine Dikko Tchoukang, *L'OHADA au service de l'économie et de l'entreprise : Efficacité et compétitivité, 2015*, à la p 176.
- Blanc, Gérard. « L'OHADA : Esquisse d'un bilan d'étape », Dans Jean-Louis Mouralis, *Droit civil, civilité des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Louis Mouralis*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011.
- Crochet, Alain. *Mondialisation et régionalisation : les déterminants exogènes de l'ALENA*, Dans Martine Azuelos, Maria Eugenia, Cosio-Zavala et Jean Michel Lacroix (dir), *intégration dans les Amériques, dix ans de l'ALENA*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2004.
- Danic, Olivier. « *Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement* », Dans Charles Leben, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pedone.
- Darmon, Gilles. « Le concept d'investissement : Détermination et incidence en droit des sociétés », Dans Hervé Causse et Marcel Sinkondo (Dir.), *Le concept d'investissement, Regards croisés des droits interne, international et communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- David, René. « The International Unification of Private Law », Dans Association Internationale des Sciences Juridiques, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1971.
- David René., « The International Unification of Private Law », Dans Association Internationale des Sciences Juridiques, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1971.

- Deblock, Christian. « Les accords régionaux et le régionalisme », Dans Christian Deblock (dir), *L'Organisation mondiale du commerce : ou s'en va la mondialisation?* Montréal, Fides, Points chauds, 2002.
- De Val Marcel Bolle, « intérêt général et services publics : réflexion d'un semi-candidate belge » Dans *Sophia Mappa*, Paris, Karthala, 1997.
- Dispersyn Michel. « La régulation juridique internationale de la responsabilité sociale de l'entreprise: un scénario possible? » Dans *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 515.
- Doucin, Michel. « À petits pas et à reculons, les mutations en cours de la *soft law*, Dans Isabelle Daugareilh, la responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation ?, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- Doumbe Bille S. « à propos de la nature de l'OHADA » Dans *mélanges Madjid Benchikh*, Paris, Pedone, 2011, 423 et s.
- Feeney, Patricia « The human rights implications of Zambia's privatisation programme» Dans Micheal K Addo (ed), *Human rights standards and the responsibility of transnational corporations*, Kluwer law international, Great Britain, 1999, p.326.
- FOCHER R et Ouafou BEPYASSI V. « Le droit de l'OHADA : un capital vital pour le redressement de l'économie africaine » Dans *l'effectivité du droit OHADA*, P.U.A, 2005, 49.
- Fouchard Philippe. « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie » Dans *Philosophie du Droit et droit économique, quel dialogue? : Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999.
- Gaudreault Des Biens, Jean Francois. De la pertinence relative de la dichotomie droit civil / *common law* dans la réflexion sur les Rapports entre le droit comparé, le droit du développement et le droit vivant, quelques observations à partir du cas de l'Afrique, Communication lors du colloque le face à face droit civil *common law* en droit des affaires : cas du Canada, de l'Afrique et du monde arabe, Montréal 2013.
- Geiger Rainer, « Investissement et développement : une approche multilatérale » Dans Carreau Dominique et al, *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Paris, Pedone, 2009.
- Glenn, Patrick. «Unification of law, harmonisation of law and private international law», Dans Johan Erauw, *Liber Memorialis Francois Laurent*, Bruxelles, E. Story – Scientia, 1989.

- Harrison, James. « Human rights arguments in Amicus curiae submissions: Promoting social justice? », Dans Pierre Marie Dupuy, F Francioni, *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Hatcher. Pascale. « Réécrire le code minier ou redéfinir le rôle de l'État ? » Dans *Enjeux des nouvelles réglementations minières en Afrique*, Nordic Africa Institute, Uppsala, 2004.
- Horchani Ferhat. « Le développement au cœur de la définition de la notion d'investissements » Dans *Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle : en hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*, Cahiers internationaux Pedone, 2009, 49-66.
- Igalens, Jacques. « La co-régulation en matière de responsabilité sociale des entreprises à travers l'analyse de la nouvelle stratégie de l'Union Européenne pour la période 2011-2014 », Dans Corinne Gendron et Bernard Girard, *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, Armand Colin/Recherches, 2013.
- Jammeaud, Antoine. « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il? », Dans *vers un Code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- Javillier, Jean Claude. « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des synergies indispensables pour un développement durable », Dans Jean Claude Javillier, *gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales, 2007.
- Karounga Diawara et Sophie Lavalée, « La responsabilité sociale des entreprises dans l'espace OHADA : pour une ouverture du droit OHADA aux considérations non économiques », Dans *L'OHADA au service de l'Économie et de l'Entreprise, Efficacité et Compétitivité (1993-2013)*, Centre de recherche et de documentation Multimédia (CREDO) et le Centre for Comparative Law in Africa (CCLA), Cap Town, Afrique du Sud, 2014.
- Kebe, Mouhamed. Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement, Communication au Séminaire portant sur L'arbitrage au Sénégal : Perspectives africaines et Internationales Saly Portudal, Sénégal, 28 Février au 1^{er} Mars 2014.
- KEITA, Mohamed. *Politique de développement des secteurs minières et pétroliers*, Communication lors de la 7eme édition des Journées minières et pétrolières du Mali, Bamako, 2017.
- Keita, Amadou. « Responsabilité sociale des entreprises minières et développement communautaire dans les zones minières au MALI, du volontariat à l'obligation juridique, une perspective du terrain », Dans Bonnie Campbell et Myriam Laforce, *La responsabilité sociale des entreprises*

dans le secteur minier : réponse ou obstacles aux enjeux de légitimité et de développement en Afrique? Québec, Presses Universitaires du Québec, 2016.

Kerchove Michel Van de. « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », Dans Jean Louis Bergel, *le plurijuridisme*, Aix en Provence, PUAM, 2003, p.39.

Kopelmanas Lazaré. « Nouvelles formes d'investissements » Dans *Travaux et Actes de la 1ère Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement*, 2007, p. 34.

La responsabilité sociétale de l'entreprise en Afrique : au-delà de l'OHADA... » Colloque annuel du Master Recherche de droit de l'entreprise-2ème édition, Institut Droit Dauphine, 8 juin 2010.

Langlois, Pierre. Le régime minier au Québec, Séminaire sur le droit minier organisé par la Chaire en Entrepreneuriat Minier UQAT-UQAM en Mars 2014, en ligne <http://uqat.ca/cem/?lang=fr&menu=activites&sm=activites-realisees>.

Lascoumes, Pierre. « Effectivité », Dans André Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ et Story-scientia, 1988.

Mainguy Claire et Segal B Diallo. « La contribution du secteur de l'or à l'économie malienne » Dans *Quelle intégration internationale pour l'Afrique?* Karthala, Paris, France, 2014.

Mazalto Marie. « La réforme des législations minières en Afrique et le rôle des institutions financières internationales : le cas de la République démocratique du Congo », Dans Marysse, Stefaan et Filip Reyntjens (dir.), *L'Afrique des Grands Lacs*, Annuaire 2004-2005, Centre d'étude de la région des Grands Lacs (Anvers), Paris : Édition Harmattan. pp. 263-287.

Menetrey, Séverine. « La place de l'investissement dans le droit OHADA, point de vue européen », Dans *Questions de droit économique : le défi des États africains?* Bruxelles, Larcier, 2011.

Mercier, Samuel. « Les spécificités du concept de responsabilité sociale des entreprises : un retour aux sources » Dans *faire avancer la théorie de la RSE, un dialogue intercontinental, Atelier international de Montréal sur la RSE*, sur invitation Chaire de responsabilité sociale des entreprises et de développement durable, UQAM, Montréal, 2006.

Michalet Charles Albert. « L'évolution de la législation sur les investissements directs et la dynamique de la mondialisation, souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle » Dans *Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Travaux du CREDIMI*, LITEC, 20, Paris, 2000, 447.

- Miles, Kate. « sustainable development, national treatment and like circumstances in Investment law » Dans M-C. Cordonnier Segger, M. W. Gehring, A. Newcombe, Sustainable Development in World investment law, La Haye, Kluwer, 2011.
- Ousmane Oumarou Sidibe. « La Responsabilité sociale des entreprises multinationales en Afrique: le cas du secteur minier au Mali » Dans *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 243-271.
- Pasquero, Jean. « La responsabilité sociale des entreprises : trajectoire d'une idée », Dans Corinne Gendron et Bernard Girard (dir.), *Repenser la responsabilité sociale des entreprises*, L'école de Montréal, Paris, Armand Colin, 2013, chap.1.
- Pougoué Paul Gérard. « Les spécificités du droit OHADA » Dans *Encyclopédie du Droit OHADA*, Lamy, Paris, France, 2011, 1120 et s.
- Poulain B. « l'investissement international : définition ou définitions? » Dans *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Académie de droit international de la Haye, 2007, P. 123et S.
- Prince, Hervé. « Le droit matériel des investissements dans l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) : un modèle transposable pour une *lex mediterranea* des investissements? », Dans Filali Osman, *Vers une lex mediterranea des investissements*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- Queinnec, Yann. « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises transnationales - Un statut juridique en mutation post – face » de Mireille Delmas Marty, Association Sherpa, 2007.
- Rangeon François « L'intérêt général et les notions voisines » Dans *Barthamaria Knoppers et Yawn Joly, La santé et le bien commun*, Thémis, Montréal, 2008.
- Rangeon François « réflexions sur l'effectivité du droit », Dans *les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989.
- Reiche B. « Droit économique, marché et intérêt général » Dans *Philosophie du droit et droit économique*, Frison-Roche, 1999, 253-260.
- Rolland, Blandine. « De la responsabilité sociale de l'entreprise à la responsabilité juridique : l'exemple de la démarche environnementale », Dans *Responsabilité sociale de l'entreprise : pour un nouveau contrat social*, Jean - Jacques Rosé, de Boeck, 2006.

- Rousseau, Stephane et Ivan Tchotourian. « Normativités et responsabilité sociale des entreprises: l'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique » Dans *Responsabilité sociale des entreprises: regards croisés, Droit et gestion*, Economica, Paris, 2011.
- Salem, Mahmoud. « L'investissement étranger et le droit international » Dans *Souveraineté Étatique et Marchés internationaux à la fin du 20ème siècle à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI*, Litec, 20, Dijon, 2000, 11-16.
- Tohon, Constantin. « Le Traité OHADA : l'anthropologue du droit et le monde des affaires en Afrique et en France », Dans *Juridicités, Cahiers d'anthropologie du droit*, Paris, Karthala, 2006.
- Uriarte, Ermida. « La responsabilité sociétale de l'entreprise », Dans *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, (dir.), Isabelle Daugareilh, Bruxelles, Buylant, 2010.
- Victorio Villa. « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme » Dans *Paul Amselek, théorie du droit et science*, Paris, Presses Universitaires de France - PUF, 1994, 281.

PUBLICATIONS INTERNATIONALES

- BECEAO. *Structure des dépenses publiques, Investissements privés et Croissance dans l'UEMOA*, Département des études économiques et de la Monnaie, de la BCEAO, 2007.
- Bureau International du Travail (BIT), *Initiative focale sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE)*, GB.295/MNE/2/1, mars 2006.
- Cabinet MAZARS. *Rapport d'audit des flux de paiement effectué par les entreprises minières et des revenus perçus par l'État pour l'exercice 2006*, MALI, Comité de Pilotage pour la mise en œuvre de l'initiative de Transparence dans les industries extractives au Mali, 2009.
- CESS Institute. *Rapport final sur la relecture du code des investissements pour l'API- MALI*, Juin 2017.
- Commission européenne. *La responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM (2011) 681 final.
- *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre Vert, 2001.

- *Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union Européenne en faveur du développement durable*, Proposition de la Commission en vue du Conseil européen de Göteborg, COM (2001) 264 final/2, 19 juin 2001.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), *Intégration régionale et investissement direct étranger dans les pays en développement et les pays en transition*, TD/B/C. II/NEM.4/2, Première session, Genève, 28 - 30 janvier 2013.

- *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2013 - vue d'ensemble. Les chaînes de valeur mondiales : l'investissement et le commerce au service du développement*, New York et Genève, 2013.
- *Les accords internationaux d'investissements : La Fiscalité*, Genève, Publications des Nations Unies, 2000.
- *Le règlement des différends entre investisseurs et États, Études sur les accords internationaux d'investissements*, Publications des Nations Unies, 2003.
- *Coopération Sud-Sud dans le domaine des accords internationaux d'investissements*, Publications des Nations Unies, 2005.
- *Définition des règles internationales en matière d'investissements : États des lieux, défis à relever et perspectives*, Genève, 2008.
- *Sociétés transnationales, production agricole et développement*, 2009.
- *Modes de production et développement international sans participation au capital*, Juillet 2011.
- *Perspectives de l'investissement direct étranger dans le monde et nouvelles opportunités du marché*, Avril 2008.

Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies, *Politiques d'investissements et accords bilatéraux d'investissement en Afrique : Implications pour l'intégration régionale*, Addis Abeba, 2016.

Direction nationale de la géologie et des mines. *Mali : Reconquête d'une place dans la communauté aurifère mondiale*, Direction Nationale de la Géologie et des Mines, 2000.

Direction Générale des Études économiques et de la monnaie. *Étude monographique sur le secteur de l'or dans l'UEMOA*, BCEAO, Février 2013.

Doing business. *Comparaison des réglementations du climat des affaires dans les pays-membres de l'OHADA, BM et SFI*, Washington, DC, 2012.

- *Faire la différence pour les entrepreneurs*, Washington, DC, 2011.

Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), *L'exploitation minière et les droits de l'homme*, Mission internationale d'enquête, FIDH, Septembre 2007.

First information and action network (FIAN), *Preliminary report of human rights fact-finding mission*, FIAN, Avril 2000, p.2.

Fonds monétaire international (FMI). *Perspectives régionales : Afrique subsaharienne, Études économiques et financières*, 2009.

Fonds Monétaire International (FMI) (Patrick Fossat, Gilles Montagnat-Rentier, Patrick Petit,

- *Rapport d'assistance technique poursuivre la modernisation du système fiscal et de son administration- Note sur la gestion des ressources naturelles*, Washington, DC, Fonds Monétaire International (FMI), 2013.

Groupe de la Banque Mondiale. *A better investment climate for everyone*, Rapport annuel, Washington, DC, Banque mondiale, 2007.

- *Assistance for minerals sector development and reform in member countries*, Washington, DC, World Bank, 1992.

- *Strategy for african mining*, Banque mondiale, 1992.

- *Investissements transfrontaliers 2010 : Indicateurs de la réglementation des IDE dans 87 économies*, Washington, DC, 2010.

- *Les meilleures pratiques en matière de Promotion mondiale des investissements*, 2012.

Groupe d'étude et de recherche en sociologie du droit appliqué (GERSDA). *La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises au Mali*, Rapport d'enquête préliminaire, Bamako, Mali, 2013.

Groupe d'étude et de recherche en Sociologie et droit appliqué (GERSDA), Faculté des Sciences Juridiques et Politiques (FSJP) de l'Université de Bamako. *Le code minier du Mali et la directive C/DIR3/05/09 de la CEDEAO : Éléments de comparaison dans une perspective de réforme de la législation minière malienne*, BAMAKO, 2011.

Groupe d'étude international sur les régimes miniers de l'Afrique. *Les ressources minérales et le développement de l'Afrique*, Addis-Abeba, Commission économique pour l'Afrique, 2011.

- Groupe d'étude et de recherche en sociologie et droit appliqué (KEITA Amadou, TRAORÉ Kadari et DJIRÉ Moussa). *Recherches sur les industries extractives (Ghana, Mali, Sénégal)*, BAMAKO, 2008.
- Groupe d'étude et de recherche en sociologie et droit appliqué (Moussa Djiré et Amadou Keita). *Manuel à l'intention des formateurs des communautés vivant dans les zones minières*, Bamako, Mali, International Institute of environment and development, 2010.
- Groupe d'étude et de recherche en sociologie du droit appliqué (GERSDA), *La mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises au Mali*, Rapport d'enquête préliminaire, Bamako, Mali, 2013.
- Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE), Publiez ce que vous payez, *Document de plaidoyer pour une transparence dans l'industrie minière, Synthèse Rapport ITIE-MALI pour l'année 2013*, Août 2016.
- OCDE. *Examen de l'OCDE des politiques de l'investissement, progrès et enjeux de la réforme*, 2010.
- OMC, Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce.
- OXFAM AMERICA. *Un héritage entaché: une analyse sociale et environnementale de la mine d'or de Syama au Mali*, 2004.
- *Trésor caché? A la recherche des revenus de l'exploitation aurifère du Mali*, BAMAKO, 2006.
- Parlement européen, *Étude sur la mise en œuvre des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, Département Générale des politiques externes de l'Union, Union européenne, Février 2017.
- Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Rapport mondial sur le développement humain*, Bruxelles, De Boeck, 2002.
- PNUD et Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE). *Analyse économique du développement du secteur minier et des défis de la préservation de l'environnement et des ressources naturelles*, Projet Initiative Pauvreté – Environnement du Mali, Novembre 2015.

THÈSES

- Anaclet Nzohabonayo. *Intérêt général des pays en voie de développement à la lumière de leur engagement dans les traités bilatéraux d'investissement*, Thèse de doctorat, Université d'Ottawa, 2014.

- Awovi Akpedzé Komassi. *Double défi de l'industrie minière en Afrique subsaharienne : Droits Humains et changements climatiques*, Université de Sherbrooke, Mémoire de Maitrise, Mai 2017.
- Belem Gisèle. *Quelle gouvernance pour la mise en œuvre du développement durable, l'expérience de l'industrie minière au Mali*, Université du Québec à Montréal, 2009.
- Bonomo, Stéphane, Jacques Mestre, Sébastien Manciaux. *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements*, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille, Thèse de doctorat, 2009.
- Dogue, Karel. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, Montréal, 2013.
- Donald Jean Marc N'guessan. *Développement et intégration régionale en Afrique de l'Ouest: analyse des contributions de l'OHADA et de l'UEMOA*, Université de Reims, 2010.
- Ellainganh Solange. *Aspects Juridiques des nouvelles formes d'investissements dans les pays d'Afrique Zone Franc*, Université de Nice, 1998.
- Ediko, William. *Le rôle des codes des investissements dans les politiques de développement des pays africains*, Thèse, Université Paris I, 2012.
- Faty Bineta Mbodj. *Boom aurifère à l'est du Senegal, l'ouest du Mali et au Nord-Est de la Guinée : mutations socio-économiques et spatiales d'anciennes marges géographiques et économiques*, Thèse de doctorat de Géographie, Université Paris 1, 2011.
- Forina, Christine, Olivier Audéoud. *Les compétences de l'Organisation mondiale du commerce en matière d'investissements internationaux*, Université Panthéon-Sorbonne Paris, 2003.
- Geneviève Brémond. *La sécurisation juridique de l'investissement dans l'espace OHADA*, Université Paul-Cézanne, 2005.
- Guindo, Tidiani Al Moulaye, Bertrand Nezeys. *Les investissements étrangers dans la production de l'or en république du Mali et le développement économique*, et Université René Descartes (Paris), 2008.
- Herrera Ramirez, Viviana, Leila Lankarani El-Zein. *Le régime de la clause de la nation la plus favorisée en matière des investissements internationaux à la lumière de la jurisprudence CIRDI*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2008.

- Jérôme Leblanc. *Les déplacements de population dûs à des projets miniers en Afrique de l'ouest : mal nécessaire pour le développement?* Mémoire de maîtrise, Université du Québec à Montréal, 2007.
- Kenfack Douajni, Gaston, Patrick Juillard. *L'arbitrage dans le système OHADA*, Université Panthéon-Sorbonne (Paris)., 2005.
- M. Cassius Jean Sossou Biadja. *L'arbitrage OHADA à l'épreuve de l'arbitrage investisseur État*, Mémoire de Master, Geneva Master in International Dispute Settlement, 2009.
- Megam Jacques. *Le régime juridique des investissements privés étrangers au Cameroun*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin, 2009.
- Megam, Jacques, Yves Reinhard, Grégoire Jiogue. *Le régime des investissements privés étrangers dans l'espace OHADA le cas du Cameroun*, Université Jean Moulin (Lyon) et Université de Yaoundé II, 2009.
- Mouloul Alhousseini. *Le régime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA: l'exemple du Niger*, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005.
- Sael-Gagné-Ouellet. *Révision du cadre réglementaire et réforme du régime minier malien: quel degré de rupture ou de continuité?* Mémoire de maîtrise, UQAM, 2013.
- Sarr, Amadou Yaya. *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)*, Thèse de doctorat, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - PUAM, 2008.
- Daniel Amagoïn Téssougé. *Problématique de l'implantation des sociétés minières dans un pays en voie de développement: Cas du Mali*, Thèse de doctorat, Université Robert Schuman, 2002.
- Urbain K Yaméogo. *L'émergence de la RSE en Afrique : état des lieux, enjeux et perspectives*, Mémoire de Master, Université Paris 12, 2007.
- Yao Gnamien. *L'industrie minière face aux évolutions sociétales: quels impacts des attentes des populations et des collectivités locales sur le développement des projets miniers?* Thèse de doctorat, École Nationale Supérieure des Mines de Paris, 2015.

JURISPRUDENCE

Aguas Argentinas, SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c Argentine (2005-2007) CIRDI.

Aguas Del Tunari SA c. Bolivie, (2005) CIRDI.

Antoine Goetz et autres c République du Burundi, 1999.

Barcelona traction Light and power Company (Belgique/Espagne), 1970 CIJ.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. C. Tanzanie (2007) CIRDIS N° ARB/05/22.

CMS Gas Transmission Company c Argentine Republic (2005) ICSID Case N° ARB/01/8, *sentence du 12 mai*, § 304 à 394.

Compania de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal SA c Argentine, 2000.

Compana Del Desarrollo de Santa Elena SA c Costa Rica, (2000) ICSID Case N° ARB/ 96/1, *sent.* 17 Février 2000

Consortio Groupement Lesi Dipenta c Algérie, 2005.

Continental Casualty Company c Argentine, (2008) ICSID Case N° ARB/03/9, *sentence du 05 septembre*, § 160 et s.

Emilio Augustin Maffezini c Espagne (2000).

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c Argentine (2007) ICSID Case N° ARB/01/3, *sent.* 22 mai, § 288 à 345.

Fedax c Venezuela (1997) CIRDI.

Fraport AG Frankfurt Airport services C Philippines, 2007 Tribunal arbitral.

Glamis Gold c États-Unis (2009) *Décision CNUDCI*.

Klockner Industrie-Anlagen GmbH et autres c. Cameroun et société camerounaise des engrais LG and E c Argentine (2007) CIRDI N°ARB/02/01, *Sentence du 03 Octobre*, § 195.

LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International Inc. c Argentine, ICSID case N° ARB/02/1, *sent.* 3 Oct. 2006, § 201 à 266.

Malaysian Historical Salvors c Malaisie (2007) ARB/ 05/10 CIRDI.

Marvin Feldman c Mexique (2002) CIRDI Case N°. ARB/(AF)/99/1, *sentence de Décembre 2002*, §103.

MetalClad Corporation c États-Unis du Mexique, 2000.

Methanex Corporation c USA, 2005.

Nation Tshilhqot'in c Colombie-Britannique, (2014) 2 R.C.S. 256, par. 78.

Patrick Mitchell c République démocratique du Congo, 2006 ICSID.

Pope and Talbot c Canada, 2000.

RFCC c. Maroc, (2003), N°ARB/00/6 du CIRDI, *Sentence du 12 Décembre*.

Rio Tinto Alcan c Conseil tribal Carrier, (2010) 2 R.C.S. 650.

Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa C Royaume du Maroc, 2001.

SD Myers c Canada, 2000.

SGS Société Générale de Surveillance SA c/ Pakistan, [2003] Foreign Investment Law Journal 2003, P 307 (ICSID Rev).

Saluka Investments BV c République Tchèque (2006) CNUDCI, sentence partielle du 17 Mars.

Sempra Energy international c The Argentine Republic, (2007), ICSID Case N°ARB/02/16.

Southern Pacific Properties (Middle East) limited c\Égypte, (1993), ICSID Case N° ARB/8/3/

Tecnicas Medioambientales Tecmed SA C Mexique, 2003.

The Loewen Group Inc et Raymond L Loewen c États-Unis d'Amérique, 2003.

United Parcel Services of América C Canada, 2001.

Vicat c République du Sénégal (ICSID) ARB/14/19.

WENA c République arabe d'Égypte, 2000.

TEXTES

1- Textes internationaux :

Acte Additionnel n° 01/2000 du 14 décembre 2000 portant adoption de la Politique Minière
Commune de l'UEMOA

Acte relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, avril 1997.

- *Acte uniforme relatif au droit commercial général*, avril 1997.
- *Acte uniforme relatif au droit des suretés*, avril 1997.
- *Acte relatif au règlement de procédures de la Cour commune de justice et d'arbitrage*, avril 1998.
- *Acte uniforme relatif au droit des procédures simplifiées et de recouvrement de créances, et des voies d'exécution*, avril 1998.
- *Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'Apurement du passif*, avril 1998.
- *Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage*, mars 1999.
- *Acte uniforme relatif à la comptabilité des entreprises*, mars 2000.

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 26 Juin 1981, 1520 R.T.N.U. 217, O.A.U.

Doc. CAB/LEG/67/3 Rév.5, entrée en vigueur le 21 Octobre 1986

Convention de Vienne sur le droit des traités (avec annexes), conclue à Vienne le 23 mai 1969,
Recueil des Traités des Nations-Unies, Vol. 1155, I-18232. P. 354

Déclaration Universelle des droits de l'homme, Res. AG 2017 (III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., sip.
N. 13, Doc. Nu A/810 (1948) 71 (10 décembre 1948)

Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective du développement durable

Directive C/DIR 3/05/09 du 27 mai 2009 portant sur l'harmonisation des principes directeurs et des
politiques dans le secteur minier.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature,
à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16
Décembre 1966

Pacte International relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la ratification et a
l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

Règlement N°18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant Code minier communautaire de
l'UEMOA

Règlement N°17/99/CEMAC-20- CM-03- du 17 décembre 1999 portant Charte des investissements
de la CEMAC

Résolution N°1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies (1962) portant Déclaration sur la
souveraineté permanente sur les ressources naturelles

Résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies portant Charte des droits et des
devoirs économiques des États (1974).

2- Textes nationaux :

Arrêté N°65 /MDITP du 28 janvier 1971 relatif à la tenue des registres et au mode d'établissement
des documents périodiques par les titulaires des titres miniers

Décret N°92-073 P-CTSP du 25 Février 1992 portant Constitution du Mali

Décret N°2012-475-P-RM du 20 Août 2012 fixant les modalités d'application de la loi n°2012-016
du 27 Février 2012 portant code des investissements

Décret N°99-256/PM-RM DU 15 Septembre 1999 portant approbation de la convention
d'établissement – type pour la prospection, la recherche et l'exploitation des substances
minérales

Décret N° 92-0731 P- CTSP portant promulgation de la constitution malienne

Décret N°98-415/PM-RM du 24 Décembre 1998 fixant le cadre institutionnel de la gestion des questions environnementales

Décret N°08-346 P/RM du 26 Juin 2008 relatif à l'Étude d'impact environnemental et social modifié par le décret n°09-318/PRM du 26 Juin 2009

Décret N°2012- 311-/P-RM du 21 Juin 2012 fixant les conditions et modalités d'application de la Loi portant Code minier du Mali

Décret N°112/PG-du 03 septembre 1970 fixant les conditions d'application de l'ordonnance N°34 du 03 septembre 1970

Loi N°01- 020 du 30 Mai 2001 relative aux pollutions et aux nuisances

Loi N°96-050/AN-RM du 27 Septembre 1996 portant Principes de constitution et de gestion du domaine des collectivités territoriales du Mali

Loi N°2012-016 du 27 février 2012 portant Code des investissements

Loi N°1990 – 02 du 09 mai 1990 portant code des investissements du Benin

Loi N° 92-020 du 23 Septembre 1992 portant code du travail modifié par la loi n°2011-079 du 29 décembre 2011

Loi N°63-51/AN-RM du 31 Mai 1963 portant régime des substances minérales au Mali

Loi sur investissement Canada, L.R.C (1985) ch. 28 (1^{er} Suppl).

Ordonnance N°2012-487 du 07 Juin 2012 portant Code des investissements de la République de Côte d'Ivoire

Ordonnance N°99-032/ P-RM du 19 Août 1999 portant Code Minier en République du Mali

Ordonnance N°99-032/P-RM du 19 Août 1999 portant Code minier modifiée par l'Ordonnance N°00-013/P-RM du 10 Février 2000

Ordonnance N°34/CMLN du 03 septembre 1970 portant code minier en République du Mali

Note de cadrage du Forum national sur l'orpillage au Mali, tenu à Bamako du 18 au 20 septembre 2014

Traité de Port- Louis portant harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), 1993

SITES INTERNET PERTINENTS

ALENA : <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra>

Ministère des mines du Mali : <http://www.mines.gouv.ml/>

[Direction nationale de la géologie et des mines : http://dngm.ml/](http://dngm.ml/)

[Ministère des investissements et du secteur privé du Mali : http://www.investmali.gouv.ml/](http://www.investmali.gouv.ml/)

[Agence pour la promotion des investissements \(API\) au Mali : http://www.apimali.gov.ml/](http://www.apimali.gov.ml/)

[Ministère des affaires internationales au Canada : http://www.international.gc.ca/gac-amc/index.aspx?lang=fra](http://www.international.gc.ca/gac-amc/index.aspx?lang=fra)

[Cour commune de justice et d'arbitrage http://www.ohada.org/index.php/fr/cour-commune-de-justice-et-d-arbitrage-ccja/ccja-en-bref](http://www.ohada.org/index.php/fr/cour-commune-de-justice-et-d-arbitrage-ccja/ccja-en-bref)

[OHADA: http://www.ohada.org/index.php/fr/](http://www.ohada.org/index.php/fr/)

[Institut de la RSE au Mali : http://institutrsemali.com/index.php/22-les-ressources-minieres-du-mali](http://institutrsemali.com/index.php/22-les-ressources-minieres-du-mali)

[OCDE : http://www.oecd.org/fr/](http://www.oecd.org/fr/)

[Commission européenne : https://ec.europa.eu/commission/index_fr](https://ec.europa.eu/commission/index_fr)

[Ministère de l'environnement du Mali : https://environnement.gouv.ml/](https://environnement.gouv.ml/)

[Banque mondiale : https://www.banquemonddiale.org/](https://www.banquemonddiale.org/)

[Groupe de recherche pour les activités minières en Afrique : http://www.grama.uqam.ca/](http://www.grama.uqam.ca/)

[Union africaine : https://au.int/fr/node/3587](https://au.int/fr/node/3587)

[UEMOA : http://www.uemoa.int/](http://www.uemoa.int/)

[CEDEAO : http://www.ecowas.int/?lang=fr](http://www.ecowas.int/?lang=fr)

[CEMAC : https://www.cemac.int/](https://www.cemac.int/)

[CNUCED: https://unctad.org/fr/Pages/Home.aspx](https://unctad.org/fr/Pages/Home.aspx)

[CNUDCI: https://uncitral.un.org/fr](https://uncitral.un.org/fr)

[CIRDI: https://icsid.worldbank.org/fr](https://icsid.worldbank.org/fr)

[ISO: https://www.iso.org/fr/home.html](https://www.iso.org/fr/home.html)

[Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme : https://www.ohchr.org/FR/hrbodies/chr/pages/commissiononhumanrights.aspx](https://www.ohchr.org/FR/hrbodies/chr/pages/commissiononhumanrights.aspx)

[Centre africain pour le développement minier : https://www.uneca.org/fr/amdc](https://www.uneca.org/fr/amdc)

[Anglogold Ashanti: https://www.anglogoldashanti.com/](https://www.anglogoldashanti.com/)

[Iamgold: http://www.iamgold.com/English/home/default.aspx](http://www.iamgold.com/English/home/default.aspx)

[Randgold: http://www.randgoldresources.com/](http://www.randgoldresources.com/)

[Association Sherpa: https://www.asso-sherpa.org/accueil](https://www.asso-sherpa.org/accueil)

[Business and human rights resource centre: https://www.business-humanrights.org/fr](https://www.business-humanrights.org/fr)

[ITIE: https://eiti.org/fr](https://eiti.org/fr)

[Mining watch: https://miningwatch.ca/](https://miningwatch.ca/)

[Ministère de la justice du Mali: http://www.justice.gouv.ml/#/mjm/accueil](http://www.justice.gouv.ml/#/mjm/accueil)

[Organisation des Nations Unies : http://www.un.org/fr/index.html](http://www.un.org/fr/index.html)

[OMC : https://www.wto.org/indexfr.htm](https://www.wto.org/indexfr.htm)

[Conseil d'État français : http://www.conseil-etat.fr/](http://www.conseil-etat.fr/)

[Programme des Nations Unies pour le développement :
http://www.undp.org/content/undp/fr/home.html](http://www.undp.org/content/undp/fr/home.html)

[Atlas des populations et pays du monde : https://www.populationdata.net/palmares/idh/](https://www.populationdata.net/palmares/idh/)

[Vision minière pour l'Afrique :
http://www.africaminingvision.org/amv_resources/AMV/Africa_Mining_Vision_french.pdf.](http://www.africaminingvision.org/amv_resources/AMV/Africa_Mining_Vision_french.pdf)

Code minier de 2012 du Mali



[NB - Loi n°2012-015 du 27 février 2012 portant Code minier]

Titre 1 - Des dispositions générales

Chapitre 1 - Des définitions

Art.1.- Au sens du présent Code minier, on entend par :

Activité minière : Toute opération de Reconnaissance, d'Exploitation, de Prospection, de Recherche ou d'Exploitation de substances minérales.

Administration chargée des Mines : Tout service administratif ou organisme public chargé des Activités minières de toutes recherches et études nécessaires à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique minière et rattachés au Ministère chargé des Mines.

Amodiation : un louage pour une durée déterminée ou indéterminée sans faculté de sous louage, de tout ou partie des droits attachés à un titre minier moyennant une rémunération fixée par accord entre l'amodiant et l'amodiataire.

Cadastre minier : Représentation cartographique et documents annexes de tous les titres miniers en cours de validité comportant leur situation géographique, leur nature, leur titulaire et leur durée de validité. Le cadastre minier couvre également les zones promotionnelles et les couloirs d'orpaillage.

Carrières : Ensemble des installations, équipements et infrastructures de surface nécessaires pour l'extraction d'une substance minérale. Exploitation de matériaux destinés à la construction, les carrières sont à ciel ouvert ou souterraines. La nature des matériaux exploités distingue les mines (substances minérales autres que les matériaux de construction) des carrières.

Code Minier : la présente loi et ses textes d'application.

Concentré : Produit valorisable sur le marché et élaboré dans une étape intermédiaire de la chaîne qui va du minerai tout venant au produit fini.

Couloir d'exploitation artisanale : Bande de terrain dévolue aux Collectivités Locales et réservée exclusivement à l'exploitation artisanale des substances minérales par l'Administration chargée des Mines conjointement avec les Administrations chargées de l'Administration territoriale et de l'environnement, sur une durée limitée. On parle aussi de couloir d'orpaillage quand il s'agit de l'exploitation artisanale de l'or.

Date de démarrage de la production : Date marquant la fin de la période des essais techniques qui ne peut excéder une durée maximale de six mois.

Développement communautaire : Ensemble de politiques et d'actions, visant d'une part à améliorer les conditions de vie, et d'autre part, à promouvoir des mutations positives dans les structures économiques, consécutives à la création de richesses au sein des populations riveraines des mines.

Développement durable : Un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. Le développement durable s'appuie sur une vision à long terme qui prend en compte le caractère indissociable des dimensions environnementales, sociales et économiques des activités de développement.

Direction chargée des Mines : Direction Nationale de la Géologie et des Mines.

Directeur des Mines : Directeur National de la Géologie et des Mines.

Eau minérale : Eau souterraine contenant les oligoéléments et exploitable industriellement.

Environnement : un ensemble perçu comme une entité, dans un espace et en un temps donnés, des facteurs physiques, chimiques, biologiques et sociaux susceptibles d'avoir un effet direct ou indirect, immédiat ou à terme, sur l'espèce humaine et ses activités et sur les espèces animales et végétales.

Étude de faisabilité : Document technique et économique soumis par les sociétés minières aux fins d'obtenir un permis d'exploitation. Son contenu est déterminé dans le décret d'application.

Étude d'Impact Environnemental et Social : l'identification, la description et l'évaluation des effets des projets sur l'homme, la faune et la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat et le paysage, y compris les interactions entre ces facteurs, le patrimoine culturel, socio-économique et d'autres biens matériels.

Exploitation : Ensemble des travaux préparatoires, d'extraction, de transport, d'analyse et de traitement effectués sur un gisement et/ou un site donné pour transformer les substances minérales en produits commercialisables et/ou utilisables.

Exploitation artisanale : Toute opération qui consiste à extraire et concentrer des substances minérales provenant des gîtes primaires et secondaires affleurant ou sub-affleurant et en récupérer les produits marchands en utilisant des méthodes et procédés manuels et traditionnels ou mécanisés.

Exploration : Ensemble des travaux exécutés par un postulant à un titre minier dans le but de se déterminer sur le choix d'une zone du territoire sollicité.

Extraction : Ensemble des travaux visant à extraire du sol et du sous-sol des substances minérales.

Franc : FCFA ou l'équivalent en toute monnaie ayant cours légal au Mali.

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 service se rattachant aux activités principales dudit titulaire de titre minier telles que précisées dans la définition de Sous-traitant.

Gisement : Concentration minérale exploitable aux conditions économiques du moment.

Gîte : Concentration minérale pour laquelle la rentabilité de l'exploitation n'est pas encore prouvée.

Gîtes géothermiques : Gîtes naturels dont on peut extraire de l'énergie sous forme thermique, notamment par l'intermédiaire des eaux chaudes et des vapeurs souterraines qu'ils contiennent.

Groupe de substances minérales : Nombre limité de substances minérales fréquemment associées dans des gîtes et gisements, par des affinités géologiques, pour lequel un titre minier est accordé.

Haldes, terrils de mines et résidus d'exploitation minière et de carrière : Tous rejets, déblais, résidus d'exploitation de mines et de carrières.

Hygiène : Un ensemble de mesures et pratiques prises par les individus et les communautés pour préserver leur santé contre les effets adverses résultant des facteurs physiques, biologiques et chimiques.

Hygiène et sécurité : se résume à l'anticipation, à l'identification, à l'évaluation et à la maîtrise des risques pour la santé dans les milieux de travail ; son but ultime est de protéger la santé et le bien être des travailleurs, en plus d'assurer la protection des communautés.

Impôt Spécial sur Certains Produits (ISCP) : Impôt auquel sont soumis certains produits dont les produits miniers.

Liste minière : Liste d'équipements et de matériels normalement utilisés dans les Activités minières et pour lesquels les droits et taxes à l'importation sont suspendus, modérés ou exonérés. La liste minière est régulièrement mise à jour par les administrations compétentes.

Mine : Complexe industriel ou semi industriel regroupant les activités d'administration et d'exploitation minières comprenant entre autres :

- a) Toute ouverture ou excavation faite dans le but d'extraire, de découvrir ou d'obtenir une substance minérale,
- b) Tous travaux, machines, équipements, usine, cité minière, infrastructures industrielles, administratives et socioculturelles sous ou sur la surface de terrain faisant partie du périmètre d'une exploitation minière.

Minerai : Substance minérale provenant d'un gisement.

Notice d'Impact Environnemental et Social : Document comprenant : l'identification, la description et l'évaluation des effets des projets sur l'homme, la faune et la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat et le paysage, y compris les interactions entre ces facteurs, le patrimoine culturel et d'autres biens matériels. Ce document est soumis par les sociétés minières et les exploitants de carrières industrielles, en même temps que le rapport de faisabilité exigé pour obtenir une autorisation d'exploitation de petite mine ou de carrière.

Orpillage : Activité consistant à récupérer l'or contenu dans les gîtes primaires, alluvionnaires et éluvionnaires. Elle peut être pratiquée sous la forme artisanale ou mécanisée :

- orpillage artisanal : récupération de l'or par les procédés simples (sans usage de produits chimiques) en utilisant des équipements rudimentaires ;
- orpillage mécanisé : récupération de l'or par des procédés améliorés avec l'utilisation des machines et équipements.

Ouvrages miniers : Ensemble des infrastructures nécessaires pour mener à bien les opérations minières (extraction, transport, aération, exhaure, éclairage).

Périmètre de protection : Zone mise en place autour de la mine et de ses installations en vue de réglementer la circulation des personnes et des biens.

Petite mine : Exploitation minière de petite taille, permanente, possédant un minimum d'installations fixes, utilisant dans les règles de l'art des procédés semi industriels ou industriels et dont la production annuelle en régime de croisière n'excède pas un certain tonnage du produit commercialisable (minerai, concentré ou métal), fixé par substance et par arrêté du Ministre chargé des Mines et fondé sur la justification de l'existence d'un gisement.

Plus-value de cession ou de transmission de titres miniers : Revenu ou gain réalisé lors de la cession ou de la transmission d'un titre minier.

Il y a plus-value de cession et de transmission, en phase de recherche, lorsque le prix de cession ou la valeur de transmission du titre dépasse le coût des investissements réalisés sur le titre minier.

Plan de développement communautaire : Un document élaboré par le postulant à un titre minier d'exploitation en concertation avec les communautés et les autorités régionales et locales indiquant les projets à vocation économique et sociale à réaliser au profit des communautés.

Plan de fermeture et de réhabilitation : Un document comprenant l'ensemble des méthodes prévues de démantèlement et de récupération de toutes les composantes des installations minières et des travaux de réhabilitation progressifs à réaliser en cours d'exploitation et à la cessation de l'exploitation.

Plan de gestion environnementale et sociale : Un document défini à l'issue de l'étude d'impact sur l'environnement comportant les engagements du titulaire du titre minier en matière de protection de l'environnement. Ces engagements concernent toutes les actions à mettre en place pour prévenir, réduire, supprimer ou compenser les effets négatifs de ses activités minières sur l'environnement et sur la santé des populations riveraines du site minier.

Prospection : Ensemble des travaux géologiques, géochimiques, géophysiques, miniers, analyse d'échantillons et essai de traitement de minerai exécutés par un détenteur d'une autorisation de prospection en vue de découvrir un gisement économiquement exploitable.

Recherche : Ensemble des travaux géologiques, géochimiques, géophysiques, miniers, analyse d'échantillons et essai de traitement de minerai exécutés par un détenteur d'un permis de recherche en vue de découvrir un gisement économiquement exploitable.

Rapport de faisabilité : Document technique et économique soumis par les postulants à une autorisation d'exploitation de petite mine. Son contenu est déterminé dans le décret d'application.

Reconnaissance : Activité ayant pour but de tester le potentiel d'une zone géographique, Elle peut comprendre des travaux au sol et/ou des survols aériens. Les travaux au sol consistant essentiellement en des levés géologiques, pouvant comprendre quelques prélèvements pour analyses minéralogiques et chimiques de sols et de roches. Elle exclut de son domaine les travaux dits lourds tels que puits, tranchées, sondages etc. Les survols aériens peuvent consister en des examens visuels des traits principaux géologiques, morphologiques et structuraux, en de la photographie aérienne et en des levés géophysiques.

Région : Subdivision administrative du territoire du Mali.

Règlement minier : Ensemble de règles relatives à la bonne exécution de l'activité minière et édictées par l'Administration chargée des Mines en plus du Code : minier et de ses textes d'application.

Ressources : Concentration minérale identifiée in situ par des données géo-scientifiques pour laquelle il y a une possibilité raisonnable pour qu'elle soit économiquement exploitable. Suivant la précision géo-scientifique, les ressources peuvent être divisées en mesurées, indiquées et inférées.

Réserves : Parties des ressources mesurées et indiquées pouvant être exploitées économiquement sous les conditions du marché au moment de l'estimation. Les réserves sont divisées en prouvées et probables.

Santé : la santé est un état de bien être complet, physique, mental et social, et non pas seulement l'absence de maladie ou d'infirmité.

Salubrité du milieu : Caractère de ce qui est propre, sain, résultant du nettoyage et de l'évacuation des déchets.

Société d'exploitation : Société de droit malien créée en vue de l'exploitation d'un gisement.

Sous-traitant : Toute personne physique ou morale exécutant un travail qui s'inscrit dans le cadre des activités principales du titulaire du titre minier, notamment :

- des travaux de géophysique, de géochimie et de sondage pour la recherche, la prospection et l'exploitation ;
- de la construction des infrastructures industrielles, administratives et socioculturelles : voies, usines, bureaux, cités minières, supermarchés, établissements socio sanitaires et scolaires, de loisirs et d'approvisionnement en eau et électricité;

- des travaux d'extraction minière, de transport et de stockage des matériaux et de traitement de minerais.

Substances minérales : Substances naturelles amorphes, cristallines ou sédimentaires, solides, liquides ou gazeuses ainsi que les substances organiques fossilisées et les gîtes géothermiques.

Substances précieuses : Ensemble des métaux précieux, des pierres précieuses et des pierres fines, désignés aux points a, b, et c, ci-dessous et toutes autres substances analogues :

- les métaux précieux sont : l'or, l'argent, le platine et les platinoïdes, à savoir : l'iridium, l'osmium, le palladium, le rhodium et le ruthénium, à l'état brut ainsi que tout concentré, résidu et amalgame qui contiennent de tels métaux ;
- sont considérés comme pierres précieuses : le diamant, l'émeraude, le rubis, le saphir ;
- sont considérés comme pierres fines : l'alexandrite, le béryl, la topaze, le jade, l'opale et certains grenats, andalousites, calcédoines, quartz, tourmalines, corindons, ainsi que toutes autres curiosités minéralogiques qui a une forte valeur marchande.

Substances minérales radioactives : toutes substances minérales qui, spontanément perdent de leur masse en émettant des particules ou : des rayonnements électromagnétiques, tels que l'uranium et le thorium ainsi que leurs descendants.

Traitement : Activité de concentration et d'enrichissement : du minerai extrait aboutissant à un produit commercialisable.

Zone réglementée : Limites fixées par le Gouvernement autour de zones sensibles (villages, ouvrages d'art, voies de communication, lieux culturels ou culturels etc.) à l'intérieur desquelles l'activité minière est soumise à certaines conditions ou interdite pour des raisons d'utilité publique et/ou d'intérêt général.

Le périmètre d'une zone réglementée est délimité, porté à la connaissance du public et communiqué au demandeur du titre.

Chapitre 2 - Objet et domaine d'application

Art.2.- Le présent Code vise à favoriser les opérations de reconnaissance, d'exploration, de prospection, de recherche et d'exploitation de substances minérales, en tenant compte des autres possibilités d'utilisation du territoire, dans la recherche d'un développement durable.

Art.3.- Est soumise aux dispositions du présent Code Minier, toute activité ayant pour but d'effectuer la reconnaissance, l'exploration, la prospection, la recherche et l'exploitation de substances minérales, ainsi que leur possession, leur transport, leur traitement et leur commercialisation à l'exclusion des activités de même genre relatives aux hydrocarbures liquides et gazeux.

Art.4.- Les substances minérales soumises au régime des mines dans le territoire, de la République du Mali appartiennent à l'État. Toutefois, les titulaires des titres miniers d'exploitation acquièrent la propriété des substances minérales qu'ils extraient. Les droits à ces substances constituent une propriété distincte de celle de la surface.

Le régime des mines se différencie de celui des carrières.

Chapitre 3 - De la classification des gîtes de substances minérales

Art.5.- Les gîtes de substances minérales sont, relativement à leur régime légal, soumis au régime des mines ou au régime des carrières.

Art.6.- Sont considérés comme gîtes de substances minérales 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 terres et autres substances analogues, à l'exception des phosphates, nitrates, sels alcalins et autres sels dans les mêmes gisements.

Art.7.- Les gîtes des substances minérales non visées à l'Article 5 ci-dessus sont, relativement à leur régime légal, soumis au régime des mines.

Art.8.- Les gîtes des substances minérales soumis au régime des mines sont classés en cinq groupes :

- Groupe 1 : diamant, émeraude, saphir, béryl, jade, opale, grenat, alexandrite, andalousite, calcédoine, quartz, tourmaline, corindon ;
- Groupe 2 : or, argent, platinoïdes, cuivre, plomb, molybdène, zinc, titane, vanadium, zirconium, niobium, tantale, tungstène, terres rares, lithium, étain, cobalt, nickel ;
- Groupe 3 : fer, manganèse, chrome, bauxite ;
- Groupe 4 : charbon, uranium, thorium, schistes bitumineux, houille, lignite, tourbe, charbon ;
- Groupe 5 : phosphates, gypse, fluorine, calcaires, dolomies, sel gemme, diatomites, kaolin, sable à verrerie, argiles, latérites.

Les titres miniers relatifs aux substances minérales du groupe 1 peuvent se superposer aux titres miniers relatifs aux substances minérales appartenant aux autres groupes, qui par ailleurs, ne peuvent se superposer entre eux.

Art.9.- Les gîtes des substances minérales soumis au régime des mines constituent, comme indiqué à l'article 3 ci-dessus, une propriété distincte de la propriété du sol. Les substances minérales ou fossiles sont concédées à des personnes morales qui en font la demande, à travers des titres miniers destinés à l'exploration, la prospection, la recherche et l'exploitation, suivant les principes et règles définis dans le présent Code minier.

Art.10.- Les gîtes des substances minérales soumis au régime des carrières suivent les conditions de la propriété du sol, conformément au Code domanial et foncier en vigueur au Mali. Toute personne physique ou morale peut les exploiter, dès lors qu'elle est propriétaire du sol où ils se trouvent ou bien qu'elle en a reçu l'autorisation du propriétaire.

S'il s'agit du domaine de l'État, une autorisation d'exploration pourrait être accordée sur demande du postulant et dans les conditions prévues aux articles 22 à 26 du présent Code minier.

Toutefois la prospection, la recherche et l'exploitation de ces gîtes sont soumises aux dispositions du présent Code Minier et de ses textes d'application.

Art.11.- Un arrêté conjoint des Ministres chargés des Mines et des Finances peut décider le passage, à une date déterminée, de substances dont les gîtes sont soumis au régime des carrières à la catégorie des substances dont les gîtes sont soumis au régime des mines

De même, un arrêté conjoint des Ministres chargés des Mines et des Finances peut décider le passage, à une date déterminée, de substances dont les gîtes sont soumis au régime des mines à la catégorie des substances dont les gîtes sont soumis au régime des carrières.

Un arrêté conjoint des Ministres chargés des mines et des finances peut soumettre tout gîte de substances minérales non présentement visé à l'article 7 au régime des mines ou au régime des carrières et le rattacher au groupe pertinent

Art.12.- Le passage des substances en exploitation sous le régime des carrières dans le régime des mines en vertu de l'arrêté prévu à l'article 11 ci-dessus ouvre droit à l'obtention d'un permis d'exploitation au profit du titulaire du droit d'exploiter la carrière.

Pour pouvoir bénéficier de ce droit, ledit titulaire devra effectuer une demande de permis d'exploitation dans les conditions prévues par le présent Code Minier.

Art.13.- En cas de dépôt d'une demande de permis d'exploitation dans le cas prévu à l'article 12 ci-dessus, et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur cette demande, le gisement exploité continuera à l'être sous le régime des carrières.

Art.14.- Dans le cas où une exploitation est en activité sous le régime des mines et porte sur des substances passant dans le régime des carrières en vertu d'un arrêté prévu à l'article 11 ci-dessus, les propriétaires du sol à l'intérieur du périmètre couvrant l'exploitation ne pourront s'opposer à cette exploitation, nonobstant les dispositions de l'article 10 ci-dessus.

Chapitre 4 - De la convention d'établissement

Art.15.- A l'exception de l'autorisation d'exploration et de l'autorisation d'exploitation artisanale mécanisée, les titres miniers sont assortis de la Convention d'Établissement définissant les droits et les obligations de l'État et du titulaire du titre minier.

Le modèle de la Convention d'Établissement est approuvé par décret du Chef du Gouvernement et joint en annexe au présent Code Minier.

Titre 2 - De la recherche et de l'exploitation

Art.16.- Les titres miniers prévus par le présent Code minier sont : l'autorisation d'exploration, l'autorisation de prospection, le permis de recherche, l'autorisation d'exploitation artisanale mécanisée, l'autorisation d'exploitation de petite mine et le permis d'exploitation.

Ils sont attribués à des personnes morales ayant justifié leurs capacités technique et financière conformément aux dispositions du présent Code Minier

Le nombre de titres miniers que peut détenir une personne morale pour les substances d'un même groupe est limité et fixé dans le Décret d'application.

Nonobstant les dispositions qui précèdent, l'État peut, dans le cadre d'un projet financé par la Coopération bilatérale ou multilatérale, instituer un périmètre à l'intérieur duquel seront effectués des travaux d'exploration, de prospection ou de recherche pendant une période et suivant les conditions définies par l'accord de coopération.

Le périmètre est inscrit sur le cadastre minier et porté à l'attention des demandeurs de titres miniers.

Art.17.- Le titre minier définit une surface dont les côtés sont toujours orientés suivant un parallèle dans le sens Est-Ouest et suivant un méridien dans le sens Nord-Sud.

Art.18.- Afin de justifier ses capacités techniques et financières, le demandeur d'un titre minier doit fournir à l'Administration chargée des Mines, à l'appui de sa demande, des informations et des documents dont la liste est fixée dans le décret d'application.

Art.19.- Les titres miniers attribués en vertu du présent Code Minier peuvent être annulés ou retirés par l'Administration chargée des Mines, sans indemnité ou dédommagement, suite à une mise en demeure, restée sans effet pendant quatre-vingt dix jours, pour le permis d'exploitation et soixante jours pour tous les autres titres miniers, pour non-respect des conditions, obligations ou restrictions qui s'appliquent à l'exercice du titre minier tels que :

- non respect des budgets et programmes prévus aux articles 31 et 36 ci-dessous sans justification ;
- retard ou suspension de l'activité de recherche ou de prospection sans motif valable, pendant plus d'un an ;
- retard ou suspension des travaux d'exploitation pendant plus de deux ans après la mise en place de la Société d'exploitation, sans autorisation de l'administration chargée des Mines et pour des motifs autres que les conditions du marché ;
- infractions graves aux règles relatives à l'hygiène, la sécurité et la salubrité publiques ;
- non versement des taxes, droits et redevances relatifs aux activités minières ;
- manquements aux obligations relatives à la conservation et à la protection de l'environnement et à la réhabilitation des sites exploités.

A l'issue de la période de préavis, restée sans effet, le titulaire du titre se verra notifier la déchéance des droits découlant de son titre minier. Cette déchéance n'annule pas la responsabilité du titulaire, relativement aux obligations mentionnées aux articles 92 à 96 ci-dessous. Cette déchéance est prononcée par décision du Ministre chargé des Mines.

L'annulation ou le retrait du titre minier est prononcé par arrêté du Ministre chargé des Mines en ce qui concerne l'autorisation de prospection, le permis de recherche et l'autorisation d'exploitation de petite mine et par décret du Chef du Gouvernement pour le permis d'exploitation, moyennant la constatation de la bonne et entière exécution des obligations du titulaire en matière de fermeture et de réhabilitation de la mine mentionnées à l'alinéa précédent du présent article.

Nonobstant les dispositions ci-dessus, toute modification apportée aux statuts annexés à la demande de titre ou toute modification de contrôle de la société de nature à remettre en cause

les critères qui ont prévalu à l'attribution du titre minier pourrait entraîner l'annulation dudit titre.

Art.20.- Les analyses des échantillons doivent s'effectuer au Mali. Toutefois, le titulaire d'un titre minier peut, sur justification, effectuer des analyses d'échantillons en dehors du Mali avec l'autorisation du Directeur des Mines. Les résultats de ces analyses devront être communiqués à l'Administration chargée des Mines. Ces analyses porteront aussi bien sur les substances objet du titre octroyé que sur tous les autres éléments du groupe auquel il appartient.

La valeur du produit fini extrait des échantillons gros volumes destinés aux essais métallurgiques et de traitement doit être soumise à l'Impôt Spécial sur Certains Produits, au cas où elle serait utilisée à toutes autres fins que les dépenses de recherche.

Art.21.- Les titulaires de titre d'exploitation sont tenus de procéder au traitement, à l'affinage ou à la transformation des produits miniers ou de carrières dans les unités installées au Mali.

Cependant et chaque fois que cela s'avère nécessaire, une autorisation pourra leur être accordée par l'Administration chargée des mines pour effectuer ces opérations à l'extérieur du Mali.

Les conditions et modalités de réalisation de ces opérations sur un autre site ou à l'extérieur du Mali seront précisées dans la décision autorisant ces opérations.

Art.22.- Le décret d'application relatif aux titres miniers définit entre autres :

- la forme et le contenu de la demande ;
- les modalités et délais d'attribution ;
- les modalités de renouvellement ;
- les modalités de renonciation ;
- les conditions de cession, de transmission et/ou d'amodiation ;
- le contenu de l'étude ou du rapport de faisabilité ;
- le contenu de l'étude d'Impact Environnemental et social ;
- le contenu de la notice d'Impact Environnemental et Social ;
- le contenu du Plan de Développement Communautaire ;
- les conditions et modalités de la superposition des titres.

Chapitre 3 - De la

recherche

Section 1 - De

l'autorisation d'exploration

Art.23.- L'exploration fait l'objet d'un titre minier appelé « Autorisation d'Exploration » qui

est attribué dans les conditions suivantes :

- l'autorisation d'exploration est attribuée au premier demandeur dès lors qu'il présente les capacités techniques et financières requises et un programme minimum des travaux ;
- l'autorisation d'exploration ne peut pas être attribuée sur une zone couverte par un titre minier en cours de validité pour le même groupe de substances ;
- l'Autorisation d'Exploration donne un droit exclusif d'exploration pendant sa validité, pour un groupe de substances ;
- la durée de l'autorisation d'exploration est de trois mois non renouvelable.

L'existence d'une autorisation d'exploration n'exclut pas la possibilité de dépôt par un autre, postulant d'une demande de titre minier. Toutefois cette demande ne peut être examinée avant une période d'un mois après le dépôt du rapport visé à l'article 25 ci dessous.

Exceptionnellement une autorisation d'exploration pourra être accordée à un postulant à une autorisation d'exploitation de petite mine ou d'ouverture de carrière industrielle, non détenteur de titre minier de recherche en vue de lui permettre d'effectuer des travaux de certification dans le cadre de l'élaboration de son rapport de faisabilité.

Art.24.- Une autorisation d'exploration est accordée à un postulant d'Autorisation d'Exploitation d'eau minérale. A la fin de la période de validité de l'autorisation, le postulant déposera un rapport de faisabilité.

Art.25.- L'Autorisation d'Exploration ne confère à son titulaire aucun avantage fiscal ou douanier.

L'autorisation d'exploration n'est ni cessible, ni transmissible, ni amodiable.

Art.26.- L'autorisation d'exploration est délivrée par le Directeur des Mines qui en détermine la superficie maximale, suivant les substances et les régions.

La procédure de demande et d'attribution d'une autorisation d'exploration est précisée dans le décret d'application.

Au plus tard un mois après la fin de la validité de l'autorisation d'exploration, le titulaire est tenu de fournir au Directeur des Mines, un rapport sur les travaux effectués et les résultats obtenus.

Section 2 - De l'autorisation de prospection

Art.27.- L'autorisation de prospection confère à son titulaire, dans les limites, de son périmètre et indéfiniment en profondeur, le droit exclusif de prospection des substances appartenant au groupe pour lequel elle est délivrée.

Art.28.- L'autorisation de prospection est attribuée par arrêté du Ministre chargé des Mines à toute personne morale de droit malien, dont au moins un actionnaire est malien.

En cas de découverte de substances appartenant à un autre groupe sur le même périmètre, le titulaire peut demander l'extension de son autorisation à ce groupe à condition que la superficie de celle-ci soit libre de tout titre minier portant sur ce groupe. Les modalités de cette extension

sont précisées dans le décret d'application.

Art.29.- La superficie, maximale de l'Autorisation de prospection est précisée dans le décret d'application.

Art.30.- La durée de l'autorisation de prospection est de trois ans, renouvelable une fois, à la demande du titulaire, sans réduction de superficie. Le renouvellement est de droit dans la mesure où le titulaire de l'Autorisation a rempli les obligations fixées dans le présent Code minier.

Art.31.- L'autorisation de prospection est attribuée à tout postulant à la condition qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour mener à bien les travaux de prospection et pour répondre aux obligations en matière d'environnement, d'hygiène, de sécurité et de salubrité publiques.

Le postulant doit présenter, en même temps que sa demande qui précise les substances sollicitées, un rapport comportant le programme de prospection et les budgets annuels y afférents.

Art.32.- L'autorisation de prospection constitue un droit mobilier, indivisible et non amodiable. Elle est cessible ou transmissible.

A cet effet, le titulaire du titre minier doit transmettre au Ministre chargé des Mines tout contrat ou accord par lequel il confie, cède ou transmet les droits et obligations résultant de l'autorisation de prospection.

La cession ou la transmission d'une autorisation de prospection se fera dans les conditions qui prévalent en matière d'attribution du titre et sous réserve que le cédant ait fourni à l'Administration chargée des Mines un rapport sur les travaux exécutés conformément à la Convention d'Établissement. La cession ou la transmission ne prend effet qu'au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté du Ministre chargé des Mines.

L'autorisation doit être demandée par le cessionnaire ou l'héritier dans les trente jours suivant la signature de l'acte de cession ou de l'acte par lequel les héritiers sont désignés, lequel doit avoir été passé sous la condition suspensive de l'arrêté du Ministre chargé des Mines.

Les modalités de cession et de transmission sont précisées dans le décret d'application.

Art.33.- L'autorisation de prospection prend fin par son arrivée à terme, par renonciation de son titulaire, ou par annulation par le Ministre chargé des Mines pour non-respect des obligations auxquelles est soumis le titulaire de l'autorisation pour les motifs énumérés à l'article 19 du présent Code minier.

Art.34.- Tout titulaire d'une Autorisation de prospection peut renoncer en totalité à celle-ci dès lors qu'il en informe par écrit le Ministre chargé des Mines et qu'il ait satisfait aux obligations mentionnées à l'article 92 ci-dessous. La renonciation ne devient effective qu'après avoir été acceptée par le Ministre chargé des Mines.

Il est mis fin à l'autorisation de prospection par arrêté du Ministre chargé des Mines.

Section 3 - Du permis de recherche

Art.35.- Le permis de recherche confère à son titulaire, dans les limites de son périmètre et indéfiniment en profondeur, le droit exclusif d'effectuer des travaux de recherche des

substances appartenant au groupe pour lequel il est délivré et de disposer librement des produits extraits à l'occasion des recherches et des essais qu'elles peuvent comporter.

Art.36.- Le permis de recherche est attribué à toute personne morale par arrêté du Ministre chargé des Mines.

En cas de découverte de substances appartenant à un autre groupe, le titulaire peut demander l'extension de son permis à ce groupe à condition que la superficie de son permis soit libre de tout titre minier portant sur ce groupe. Les modalités de cette extension sont précisées dans le décret d'application.

Art.37.- Lorsqu'un même titulaire détient plusieurs permis contigus, la fusion peut en être demandée.

L'arrêté autorisant la fusion détermine le nouveau programme de travail et le coût des travaux envisagés auxquels s'engage le demandeur et fixe la date d'expiration du nouveau permis qui sera comprise entre les dates d'échéance des permis fusionnés.

Les superficies minimale et maximale du permis de recherche sont précisées par décision du Ministre chargé des Mines, suivant les groupes de substances et les régions et/ou districts miniers.

Art.38.- La durée du permis de recherche est de trois ans, renouvelable deux fois à la demande du titulaire. La durée de chaque période de renouvellement est égale à deux ans.

Le renouvellement est de droit dans la mesure où le titulaire du permis de recherche a rempli les obligations fixées dans la Convention d'établissement et dans l'arrêté d'attribution du permis de recherche.

Au deuxième renouvellement, lorsque les obligations fixées dans la Convention d'établissement et dans l'arrêté d'attribution du permis de recherche ne sont pas respectées, il est procédé au retrait du titre conformément à l'article 19 du présent Code minier.

Si à la fin du deuxième renouvellement, le titulaire du permis de recherche n'a pas pu finaliser son étude de faisabilité pour des raisons justifiées et vérifiées par l'Administration chargée des Mines, une prorogation dont la durée ne peut dépasser un an, peut lui être accordée.

Si à la fin de cette période de prorogation, le titulaire du permis de recherche n'arrive toujours pas à fournir l'étude de faisabilité, ledit permis devient caduc et est annulé.

Art.39.- Le permis de recherche est attribué à tout postulant pour autant qu'il possède les capacités techniques et financières nécessaires pour mener à bien les travaux de recherche et pour répondre aux obligations en matière d'environnement, d'hygiène, de sécurité et de salubrité publiques. Le postulant doit présenter, en même temps que sa demande qui précise les substances sollicitées, un rapport comportant le programme de recherche et les budgets annuels y afférents.

Art.40.- Le permis de recherche constitue un droit mobilier, indivisible et non amodiable. Il est cessible ou transmissible.

A cet effet, le titulaire du permis de recherche doit transmettre au Ministre chargé des Mines tout contrat ou accord par lequel il confie, cède ou transmet les droits et obligations résultant du permis de recherche.

La cession ou la transmission d'un permis de recherche se fera dans les mêmes conditions qui prévalent en matière d'attribution et sous réserve que le cédant ait fourni à l'Administration chargée des Mines, un rapport sur les travaux exécutés conformément au présent Code minier. La cession ou la transmission ne prend effet qu'au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté du Ministre chargé des Mines.

La demande de cession ou de transmission doit être faite par le cessionnaire ou l'héritier dans les trente jours suivant la signature de l'acte de cession ou de l'acte par lequel les héritiers sont désignés, lequel doit avoir été passé sous condition suspensive de l'accord du Ministre chargé des Mines.

Les modalités de cession et de transmission sont précisées dans le décret d'application.

Art.41.- Le permis de recherche prend fin par arrivée du terme, par renonciation de son titulaire, ou par annulation par le Ministre chargé des Mines pour non respect des obligations auxquelles est soumis le titulaire du permis pour les motifs énumérés à l'article 19 du présent Code minier.

Art.42.- Tout titulaire d'un permis de recherche peut renoncer en totalité ou en partie à celui-ci dès lors qu'il en informe le Ministre chargé des Mines et qu'il a satisfait aux obligations mentionnées à l'article 91 ci-dessous.

La renonciation ne devient effective qu'après avoir été acceptée par le Ministre chargé des mines et après qu'il ait été mis fin au permis de recherche par arrêté du Ministre chargé des Mines.

Chapitre 3 - De l'exploitation

Art.43.- Les substances minérales ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un permis d'exploitation, d'une autorisation d'exploitation de petite mine ou d'une autorisation d'exploitation artisanale.

Section 1 - De l'exploitation artisanale

Art.44.- L'exploitation artisanale ou traditionnelle des substances minérales est exercée par les détenteurs d'une autorisation d'exploitation artisanale. Elle est gérée par les collectivités territoriales. La forme, le contenu et les procédures d'attribution et de renouvellement de l'autorisation sont fixés par les autorités des Collectivités territoriales suivant l'avis technique de l'Administration chargée des Mines.

Art.45.- L'autorisation d'exploitation artisanale est attribuée à des personnes physiques de nationalité malienne ou morales de droit malien ou aux ressortissants des pays accordant la réciprocité aux maliens.

L'autorisation d'exploitation artisanale est accordée par les autorités des collectivités territoriales après avis de l'administration chargée des mines, pour une durée n'excédant pas trois ans et constitue un droit mobilier. Elle est renouvelée pour des périodes n'excédant pas trois ans jusqu'à épuisement des réserves. Elle peut être annulée à tout moment.

Art.46.- L'exploitation artisanale mécanisée de substances minérales est exercées par les détenteurs de l'autorisation d'exploitation artisanale mécanisée. L'exercice de cette activité est autorisé par Arrêté du Ministre Chargé des Mines.

L'autorisation d'exploitation artisanale mécanisée est attribuée à des personnes physiques de nationalité malienne ou à des personnes morales dont le capital social est exclusivement détenu par des Maliens.

L'exploitation artisanale mécanisée est exercée dans les couloirs d'exploitation artisanale, avec l'avis favorable exprès des Collectivités Territoriales dont dépend le couloir.

Les procédures d'attribution et de renouvellement de l'autorisation d'exploitation artisanale mécanisée sont précisées dans les textes d'application du présent Code. Ce type d'exploitation ne confère aucun avantage fiscal, douanier, économique ou financier.

Art.47.- L'exploitation par drague est assimilée, dans ses modalités d'exercice, à l'exploitation artisanale mécanisée.

Toutefois l'exercice de cette activité est soumis aux mêmes conditions que les petites mines, conformément aux articles 54 et suivants.

Art.48.- L'autorisation d'exploitation artisanale confère à son titulaire, dans les limites de son périmètre et jusqu'à une profondeur de quinze mètres, le droit exclusif d'exploiter, selon des méthodes et procédés artisanaux ou mécanisés, les substances pour lesquelles elle est délivrée.

Art.49.- L'exploitant est tenu, conformément à la législation en vigueur, de réhabiliter les sites d'exploitation et doit réparation aux tiers ayant subi un préjudice certain.

Art.50.- En cas de découverte de substances minérales autres que celles pour lesquelles l'autorisation a été délivrée ou d'un gisement plus important, le titulaire est tenu d'en faire immédiatement la déclaration auprès du Ministre chargé des Mines.

Art.51.- Des zones, appelée « couloirs d'exploitation artisanale », sont réservés à l'exploitation artisanale des substances minérales et sont fixées par un arrêté conjoint des Ministres chargés des Mines, de l'Administration Territoriale et de l'Environnement. Ces zones, qui sont situées dans le ressort des Collectivités Territoriales, sont portées à la connaissance du public.

Toutefois un titre minier peut être octroyé sur ces zones par l'Administration chargée des Mines, avec l'autorisation expresse des Autorités des Collectivités Territoriales concernées.

L'exploitation artisanale est tolérée sur les zones libres de tout titre minier ou sur les périmètres de titres miniers avec l'accord préalable écrit des titulaires de ces titres.

Dans le cas où le couloir est attribué comme titre minier, sur demande de la collectivité concernée, l'Administration Chargée des Mines mettra à la disposition des populations, dans les limites des superficies disponibles, un autre couloir.

Art.52.- L'Administration chargée des Mines assiste les collectivités territoriales dans l'organisation et l'encadrement de l'exploitation artisanale des substances minérales.

Section 2 - De l'autorisation d'exploitation de petites mines

Art.53.- L'exploitation d'un gisement en petite mine est soumise à l'obtention d'un titre minier intitulé « autorisation d'exploitation de petite mine ».

Art.54.- L'autorisation d'exploitation de petite mine peut être attribuée au titulaire d'un permis de recherche ou d'une autorisation de prospection si le titulaire justifie par un rapport de faisabilité de l'existence d'un gisement susceptible d'être exploité sous forme de petite mine.

Toutefois, elle peut être directement attribuée à un détenteur d'une autorisation d'exploration qui justifie de l'existence d'un gisement économiquement exploitable. Cette justification est consacrée par un rapport de faisabilité approuvé par l'Administration Chargée des Mines.

Art.55.- L'autorisation d'exploitation de petite mine est attribuée par arrêté du Ministre chargé des Mines à toute personne morale de droit malien pour autant qu'elle justifie de ses capacités techniques et financières pour exploiter une petite mine et qu'elle réponde aux obligations contenues dans les articles 92 et 93 ci-dessous.

Art.56.- La superficie maximale d'une autorisation d'exploitation de petite mine est fixée dans le décret d'application.

Art.57.- Une autorisation d'exploitation de petite mine est attribuée pour une durée de quatre ans. Elle est renouvelable par tranche de quatre ans jusqu'à épuisement des réserves.

Art.58.- Une autorisation d'exploitation de petite mine est cessible, amodiable, transmissible, mais divisible seulement sous certaines conditions qui sont précisées dans le décret d'application du présent Code minier.

Nul ne peut se voir transférer une autorisation d'exploitation de petite mine, s'il ne possède les capacités techniques et financières nécessaires pour mener à bien les travaux d'exploitation et pour répondre aux obligations mentionnées aux articles 92 et 93 ci-dessous.

L'autorisation d'exploitation de petite mine constitue un droit immobilier de durée limitée, distinct de la propriété du sol, susceptible d'hypothèque ou de nantissement à la condition que les fonds empruntés et garantis soient utilisés pour les activités d'exploitation.

Art.59.- Une autorisation d'exploitation de petite mine ne peut être octroyée sur une surface couverte par un titre minier appartenant à un titulaire autre que le demandeur ainsi qu'à l'intérieur d'une zone réglementée.

Art.60.- Une autorisation d'exploitation de petite mine, préexistante à l'attribution d'un permis de recherche dont le périmètre englobe l'autorisation d'exploitation de petite mine, conserve sa validité.

Si la fin de l'autorisation d'exploitation de petite mine intervient alors que le permis de recherche demeure valable, il est de droit pour le titulaire du permis de recherche d'obtenir, après en avoir fait la demande, l'adjonction à son permis de la surface ainsi libérée, pour le groupe de substances pour lequel ledit permis est attribué et pour la durée restante de ce permis.

Art.61.- Le titulaire d'une autorisation d'exploitation de petite mine, dès qu'il décide de passer à l'exploitation, doit en informer l'Administration chargée des Mines en lui mentionnant les changements éventuels intervenus dans les paramètres essentiels du rapport de faisabilité et qui ne remettent pas en cause la viabilité et les délais de réalisation de l'exploitation envisagée. Dans le cas contraire, il a l'obligation de soumettre un nouveau rapport de faisabilité.

Le titulaire d'une autorisation d'exploitation doit démarrer l'exploitation dans un délai de trois ans à partir de l'octroi de l'autorisation d'exploitation.

Dans le cas contraire, il a l'obligation de soumettre un nouveau rapport de faisabilité.

Art.62.- L'autorisation d'exploitation de petite mine prend fin, par arrêt définitif des travaux avant terme, par renonciation de son titulaire, par annulation ou retrait par arrêté du Ministre chargé des Mines pour l'un des motifs mentionnés à l'article 19 du présent Code minier.

Section 3 - Du permis d'exploitation

Art.63.- Le permis d'exploitation confère à son titulaire, dans les limites de son périmètre et indéfiniment en profondeur, le droit exclusif de prospection, de recherche et d'exploitation des substances minérales pour lesquelles le permis de recherche ou l'autorisation de prospection dont il dérive est valable, et pour lesquelles la preuve d'un gisement exploitable est fournie à l'Administration chargée des Mines par soumission d'une étude de faisabilité approuvée par celle-ci, d'un plan de développement communautaire et d'un plan de fermeture. Il confère également à son titulaire le droit de procéder à toutes opérations de traitement et de commercialisation des concentrés.

Art.64.- Le permis d'exploitation ne peut être attribué qu'au titulaire d'un permis de recherche ou d'une autorisation de prospection. Il ne peut couvrir qu'une zone intérieure au permis de recherche ou de l'Autorisation de Prospection et les substances pour lesquelles ces titres ont été attribués. Il est de droit si le titulaire a rempli les obligations mentionnées dans l'acte instituant le permis de recherche ou l'autorisation de prospection.

Le permis de recherche demeure valable après attribution du permis d'exploitation pour tout le reste de la superficie du permis de recherche.

Art.65.- Dès l'attribution du permis d'exploitation, le titulaire du permis de recherche ou de l'autorisation de prospection entamera les démarches en vue de la création d'une société de droit malien dans laquelle l'État participera à hauteur de 10 % libre de toutes charges. Cette

participation ne peut faire l'objet de dilution même dans les cas d'augmentation du capital et les actions y relatives seront considérées comme des actions prioritaires.

Lorsqu'un bénéfice net comptable est constaté par la société d'exploitation, celle-ci prélèvera sur le bénéfice distribuable, c'est à dire le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures et de prélèvements pour constitution des réserves légales, paiement de l'impôt sur les sociétés et augmenté des reports à nouveau bénéficiaires, un dividende prioritaire qui sera versé à l'État.

Ce dividende prioritaire, dont le taux est égal à la participation gratuite de l'État dans le capital de la société d'exploitation (10 %), est servi à l'État avant toute autre affectation du bénéfice distribuable.

L'État se réserve le droit d'acquérir une participation supplémentaire de 10 % au maximum en numéraire, laquelle ne sera pas prise en compte pour la détermination du taux du dividende prioritaire.

Il reste ouvert pour les investisseurs privés nationaux, la possibilité d'acquérir, en numéraire au moins 5 % des actions de toute Société d'exploitation, dans les mêmes conditions que les autres actionnaires privés.

Le titulaire du permis de recherche ou de l'autorisation de prospection devra céder gratuitement le permis d'exploitation à ladite société dès sa création.

Art.66.- Le permis d'exploitation est attribué par décret pour une période de 30 ans, renouvelable en tranche de 10 ans jusqu'à épuisement des réserves à l'intérieur du permis.

Les conditions et modalités de son octroi sont précisées dans le décret d'application.

Art.67.- Nul ne peut se voir transférer un permis d'exploitation, s'il ne possède les capacités techniques et financières nécessaires pour mener à bien les travaux d'exploitation et pour répondre aux obligations mentionnées aux articles 92 et 93 ci-dessous.

Le cessionnaire s'engage à respecter les conditions générales relatives à l'exploitation, qui résultent du décret d'application. Le cas échéant, ces conditions générales sont complétées par des conditions spécifiques faisant l'objet d'un cahier des charges discuté avec le demandeur.

Art.68.- Le permis d'exploitation constitue un droit immobilier de durée limitée, distinct de la propriété du sol, susceptible d'hypothèque ou de nantissement à la condition que les fonds empruntés et garantis soient utilisés pour les activités d'exploitation.

Sous réserve des dispositions du présent Code Minier, la législation en vigueur sur la propriété foncière est applicable aux permis d'exploitation, notamment en ce qui concerne la publication du titre.

Le permis d'exploitation est cessible et amodiable.

La cession ou l'amodiation du permis d'exploitation ne prend effet que si elle a été autorisée par décret. La demande de cession ou d'amodiation doit être faite par le cessionnaire ou l'amodiatrice dans les trente jours qui suivent la signature de l'acte de cession ou d'amodiation, lequel doit avoir été passé sous condition suspensive du décret.

Art.69.- Lorsque le titulaire d'un permis d'exploitation décide de démarrer l'exploitation, il doit en informer l'Administration chargée des Mines en lui mentionnant les changements significatifs intervenus dans les paramètres essentiels de l'étude de faisabilité et qui ne remettent pas en cause les délais de réalisation et la viabilité de l'exploitation envisagée. Dans le cas contraire, il a l'obligation de soumettre une nouvelle étude de faisabilité.

Le titulaire d'un permis d'exploitation doit démarrer l'exploitation dans un délai de trois ans à partir de l'octroi du permis d'exploitation.

Dans le cas contraire, il a l'obligation de soumettre une nouvelle étude de faisabilité.

Art.70.- Le permis d'exploitation prend fin, par arrêt définitif des travaux avant terme, par renonciation totale ou partielle de son titulaire, dûment notifiés à l'Administration chargée des mines, ou par annulation ou retrait pour l'un des motifs mentionnés à l'article 19 du présent Code minier. Les renoncations totales ou partielles à un permis d'exploitation ne deviennent définitives qu'après avoir été acceptées par le Ministre. Le permis devient alors en partie ou en totalité caduc.

Art.71.- Lorsque la présence d'un gisement d'une substance d'un autre groupe que celui octroyé au titulaire d'un permis d'exploitation est prouvée sur une partie du permis ne faisant pas l'objet de travaux par le titulaire du permis d'exploitation, il sera demandé au titulaire de ce permis de présenter une étude de faisabilité accompagnée d'un chronogramme d'exploitation de ce gisement.

Le cas échéant, la substance est intégrée au permis d'exploitation.

Dans le cas où le titulaire du permis d'exploitation notifie qu'il n'est pas intéressé par l'exploitation de la substance, le périmètre concerné est distrait du permis d'exploitation, sous réserve que cette distraction ne porte pas préjudice à la poursuite des activités d'exploitation. Le cas échéant, le Ministre chargé des Mines accordera un titre de recherche sur ledit périmètre.

Chapitre 4 - Du financement de la recherche et de la formation

Art.72.- Il est créé un fonds de financement de la recherche, de la formation et de la promotion des activités minières pour permettre l'exploitation optimale du potentiel minier.

Ce fonds, mis en place au début de chaque exercice budgétaire, est géré conformément aux prescriptions de la Loi de Finances.

Le fonds est alimenté par :

- l'allocation, à partir du Compte d'Affectation Spécial sur les Ressources de l'or, d'un montant destiné à financer la recherche minière ;
- les ressources destinées à la formation, payées par les Sociétés minières à l'occasion de la signature des Conventions d'Établissement ou lors du transfert des titres miniers ;
- les ressources destinées à l'intéressement des agents, indexées sur une partie des pénalités prévues au Code minier et de la prime de découverte.

Titre 3 - Des relations des titulaires de titres miniers avec les propriétaires du sol

Art.73.- Nul droit de recherche ou d'exploitation découlant des titres miniers ne vaut sans le consentement du (des) propriétaire (s) foncier (s), de ses (leurs) ayants droit, en ce qui concerne les activités impliquant la surface ou ayant un effet sur celle-ci.

Si l'intérêt général l'exige, l'exploitation des immeubles nécessaires aux travaux et installations peut être poursuivie tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du périmètre d'un titre minier, moyennant déclaration d'utilité publique dans les formes prévues par la réglementation en vigueur, à la demande du détenteur de ce titre, pour son compte ou celui d'une personne physique ou morale désignée à cet effet.

Une déclaration d'utilité publique peut également être prononcée dans les mêmes formes pour les canalisations et installations destinées au transport et au stockage des produits de l'exploitation jusqu'aux points de traitement, de grosse consommation ou d'exportation, pour aménagements et installations nécessaires au plein développement de la mine et notamment pour les cités d'habitation du personnel et les usines ainsi que les centrales, postes et lignes électriques y compris les installations destinées au transport, au stockage ou à la mise en dépôt des produits ou déchets qui résultent de l'activité de ces usines.

Les voies de communication, canalisations et installations de transport ainsi déclarées d'utilité publique peuvent être soumises à des obligations de service public, conformément à la réglementation en vigueur en la matière.

Art.74.- En l'absence du consentement du propriétaire foncier ou de ses ayants droit, celui-ci peut se voir imposer, conformément à la réglementation en vigueur et moyennant une adéquate et préalable indemnisation, l'obligation de laisser effectuer les travaux sur sa propriété et de ne pas les entraver.

Le prix du terrain ou des indemnités dues à raison de l'établissement de servitudes ou d'autres démembrements de droits réels ou de l'occupation, est fixé comme en matière d'expropriation.

Les titulaires de droit sur une parcelle de terrain, en vertu d'un titre foncier, de droit d'occupation ou de droits coutumiers, frappée des servitudes visées ci-dessus, peuvent requérir l'expropriation ou l'indemnisation si lesdites servitudes rendent l'utilisation normale de ces titres fonciers, titres d'occupation et droits coutumiers, impossible. L'acquisition portera dans ce cas sur la totalité de la parcelle de terrain si le titulaire le requiert.

Le titulaire du titre minier sera tenu de payer une adéquate indemnité pour toute privation de jouissance ou dommages que ses activités pourraient occasionner aux tenants des titres fonciers, titres d'occupation, de droits coutumiers ou à tous bénéficiaires d'autres droits avérés.

Le juge apprécie, pour fixer le montant de l'indemnité si une acquisition de droits sur ledit terrain, en raison de l'époque où elle a eu lieu ou de toute autre circonstance, a été faite dans le but d'obtenir une indemnité plus élevée.

Les servitudes d'occupation et de passage instituées en application du présent article, ouvrent au profit du propriétaire du sol, de ses ayants droit et notamment, des exploitants de la surface, un droit à être indemnisé sur la base du préjudice subi.

A cet effet, le propriétaire fait connaître au bénéficiaire des servitudes ou du permis l'identité de ses ayants droit.

Après exécution des travaux, l'exploitant est tenu de remettre dans leur état antérieur les terrains de culture, en rétablissant la couche arable et la voirie.

Art.75.- Les voies de communication, lignes électriques et autres installations, infrastructures ou travaux créés par le titulaire d'un titre minier à l'intérieur ou à l'extérieur de son périmètre ou lui appartenant peuvent, lorsqu'il n'en résulte aucun obstacle pour l'exploitation et moyennant le paiement d'une juste indemnité et des coûts d'utilisation, être ouverts éventuellement à l'usage public ou à l'usage des établissements voisins.

Les conditions et modalités d'ouverture de ces installations et infrastructures à un usage commun seront définies en rapport avec le Ministère chargé des Mines et les Ministères compétents et feront l'objet d'un accord.

Art.76.- Le titulaire d'un titre minier aura le droit, à ses frais, de couper les bois nécessaires à ses travaux et, de prendre et utiliser lesdits bois, la terre, les pierres, les sables, les graviers, les chutes d'eau, les eaux de surface, et les eaux souterraines et tous les autres matériaux et éléments qui seraient nécessaires pour réaliser les objectifs visés dans son titre minier, conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

L'accès à ces matériaux, si ceux-ci ne sont pas disponibles sur le périmètre du titulaire du titre minier, peut ouvrir droit au profit du titulaire du titre minier ; à une servitude de passage, sur les titres voisins, pour accéder ou transporter lesdits matériaux, sous réserve que la servitude ne porte aucun préjudice à l'exercice de leur droit par les occupants des titres voisins.

Art.77.- Le titulaire du titre minier est tenu de réparer tout dommage que ses travaux pourraient occasionner à la propriété des tenants des titres fonciers, titres d'occupations et droits coutumiers. Il ne doit, en ce cas, qu'une indemnité correspondant à la valeur du préjudice causé conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Art.78.- Aucun puits minier ou aucune galerie ne peut être ouvert à la surface, ni de sondage exécuté à plus de cinquante mètres de profondeur dans un rayon de cent mètres :

- a) autour des propriétés closes de murs ou d'un dispositif équivalent, villages, groupes d'habitations, puits, sans le consentement du propriétaire foncier ou de ses ayant-droit;
- b) de part et d'autre des voies de communication, conduites d'eau et généralement à l'entour de tous travaux d'utilité publique et d'ouvrages d'art, sans autorisation donnée par l'Administration chargée des Mines et du domaine concerné.

Au cas où par ses travaux, le titulaire d'un titre minier affecterait la qualité ou la quantité de l'eau souterraine utilisée par les populations aux alentours, il sera tenu de pourvoir, d'une manière ou d'une autre, aux besoins en eau de cette population.

Art.79.- Le titulaire de permis d'exploitation ou d'autorisation d'exploitation de petite mine a la faculté de demander la mise en place d'un périmètre de protection autour de la mine et de ses installations.

A défaut, les Ministres chargés des Mines, de l'Administration Territoriale et de la Sécurité décident de la mise en place d'un périmètre de protection autour de la mine et de ses installations, aux frais du titulaire de permis d'exploitation ou d'autorisation d'exploitation de petite mine.

Un arrêté conjoint des Ministres chargés des Mines, de l'Administration Territoriale et de la Sécurité précisera les modalités de circulation des personnes et des biens à l'intérieur de cette zone.

Titre 4 - De l'exercice de la surveillance administrative et des mesures à prendre en cas d'accident

Art.80.- Les travaux de prospection, de recherche et d'exploitation minière sont soumis à la surveillance de l'Administration chargée des Mines. Les Agents de l'Administration chargée des Mines, compétents en matière de police des mines, exercent, sous l'autorité du Ministre chargé des Mines, une surveillance de police pour la conservation des édifices et la sûreté du sol.

En liaison avec le Ministère chargé de l'Environnement, ils établissent également une surveillance de police pour la protection de l'environnement du site et aux alentours en relation avec l'activité de prospection, de recherche et d'exploitation. Ils sont habilités à faire respecter par l'exploitant les mesures conservatoires pour la préservation de la qualité de l'environnement.

Ils observent la manière dont la prospection, la recherche et l'exploitation sont faites soit pour éclairer les exploitants sur les inconvénients ou son amélioration, soit pour avertir l'autorité compétente des vices, abus ou dangers qui s'y trouveraient.

Les Agents de l'Administration chargée des Mines, les fonctionnaires et autres agents, compétents en matière de police des mines, sont habilités à rechercher et à constater des infractions aux prescriptions du Code minier et de ses textes d'application.

Ils peuvent visiter à tout moment les chantiers de prospection, de recherche et d'exploitation, les haldes, les terrils, les résidus de traitement et toutes les installations indispensables aux travaux de prospection, de recherche et d'exploitation. Ils peuvent exiger la communication de documents de toute nature ainsi que la remise de tout échantillon nécessaire à l'accomplissement de leur mission. Les conditions de cette surveillance de police sont précisées dans le décret d'application.

Tous les renseignements, informations, documents et échantillons obtenus par les agents de l'Administration chargée des Mines, dans le cadre de l'application de cet article, sont considérés comme strictement confidentiels, sauf indication contraire du titulaire du titre minier, pendant
Code minier 2012

la durée du titre et pendant une période d'un an, à compter de la date d'expiration de celui-ci.

Cette confidentialité ne s'applique pas aux informations concernant l'hygiène, la sécurité et l'environnement.

Par ailleurs, les dispositions de cet article ne font pas obstacle à l'exercice par les autres administrations de leurs prérogatives de contrôle, de vérification et d'audit.

Art.81.- Le titulaire d'un permis de recherche ou d'une autorisation de prospection doit adresser à l'Administration chargée des Mines un rapport d'activités trimestriel dont la structure est précisée dans le décret d'application.

Il en est de même pour le titulaire d'un permis d'exploitation dans la mesure où celui-ci se livre à des activités de recherche dans le périmètre du permis d'exploitation.

Ce rapport est soumis aux dispositions de confidentialité prévues à l'article 79 ci-dessus.

Art.82.- Tout exploitant est tenu d'appliquer, selon les règles de l'art, les méthodes d'exploitation appropriées.

En cas d'inobservation de cette règle, l'Administration chargée des Mines peut prescrire à l'exploitant toute mesure de nature à assurer une exploitation rationnelle des ressources du sous-sol ou ordonner la suspension des activités suivant les conditions et modalités, prévues dans le décret d'application du présent Code minier.

Art.83.- Les travaux de prospection, de recherche ou d'exploitation doivent respecter les contraintes et les obligations afférentes à la sécurité et à la santé du personnel, à la sécurité et à la salubrité publiques, à la conservation des sols, flore et faune, la conservation des voies de communication, la solidité des édifices publics ou privés, l'usage, le débit ou la qualité des eaux de toute nature, conformément à la législation en vigueur en la matière.

Lorsque les intérêts mentionnés ci-dessus sont menacés par les travaux de prospection, de recherche ou d'exploitation, l'Administration chargée des Mines peut prescrire au détenteur du titre, en s'appuyant éventuellement sur les services techniques compétents, toute mesure destinée à assurer la protection de ces intérêts dans un délai déterminé.

Sur demande du titulaire d'un titre d'exploitation, l'Administration, chargée des Mines conformément à l'Étude d'Impact Environnemental et social, au Plan d'Action de Réinstallation (PAR) et au Rapport sur les procédures de Compensation et de Recasement (PCR), procède au déplacement et à la réinstallation de population dont la présence sur les sites d'exploitation entraverait les travaux d'exploitation.

Les dépenses nécessaires au déplacement et à la réinstallation des populations sont à la charge du titulaire du titre d'exploitation.

Art.84.- L'ouverture, la réouverture ou la fermeture d'un chantier de prospection, de recherche et/ou d'exploitation doivent faire l'objet d'une déclaration préalable au Directeur des Mines. Si le volume des travaux dépasse un certain seuil, cette déclaration doit être appuyée par un dossier transmis par le titulaire du titre et soumis à l'autorisation du Directeur des Mines.

La forme et le contenu du dossier, le seuil, les modalités d'approbation et les délais sont précisés dans le décret d'application.

Art.85.- Tout accident grave survenu dans une mine, ses dépendances, chantiers de prospection ou de recherche, doit être porté, par les voies les plus rapides, à la connaissance de l'Administration chargée des Mines et des autorités locales compétentes. 1

Il est alors interdit de modifier l'état des lieux où est survenu l'accident ainsi que de déplacer ou de modifier les objets qui s'y trouvaient avant que les constatations de l'accident par le représentant de l'Administration compétente ne soient terminées ou avant que celui-ci en ait donné l'autorisation. Cette interdiction ne s'applique pas aux travaux de sauvetage ou de consolidation urgente.

En cas de péril imminent, le Ministre chargé des Mines pourra prendre les mesures nécessaires pour faire cesser le danger et pourra, s'il en est besoin, adresser à cet effet toutes réquisitions utiles aux autorités locales. Il peut également imposer au titulaire du titre minier l'exécution de travaux pour assurer la sécurité, la sûreté de la surface, la conservation de la mine et des mines voisines, des sources d'eau, des voies publiques et des édifices publics. A défaut d'exécution par le titulaire du titre minier de ces travaux dans le délai prescrit, ils peuvent être exécutés par l'Administration chargée des Mines aux frais du titulaire du titre minier.

Art.86.- Pendant la durée de l'exploitation, le titulaire d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation de petite mine adresse chaque année au Directeur des Mines un rapport relatif aux incidences de l'exploitation :

- sur l'occupation des sols ;
- sur l'environnement et la santé des populations.

Art.87.- Pendant la durée de l'exploitation, le titulaire d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu d'adresser périodiquement, au Directeur des Mines, un rapport d'activités. La périodicité et le contenu de ce rapport sont fixés dans le décret d'application.

Art.88.- Pendant la durée de l'exploitation, le titulaire d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu d'adresser au Directeur des Mines, un rapport annuel en quatre exemplaires, correspondant à l'exercice fiscal de la société, comprenant les éléments techniques et sociaux du fonctionnement de chaque site d'exploitation et les éléments concernant la production et les ventes. Ce rapport, qui sera remis sur papier et sur support électronique, contiendra tous les plans, figures, coupes, tableaux, photographies nécessaires à sa compréhension.

Art.89.- Pendant la durée de l'exploitation, le titulaire d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation de petite mine doit, sur tous les chantiers distincts, tenir à jour un registre avec les informations et plans suivant les indications contenues dans les textes d'application du présent Code minier, qui tiendront compte de la nature et de l'importance de l'exploitation.

Art.90.- Les renseignements fournis au titre des articles 87, 88 et 89 ci-dessus sont confidentiels et ne peuvent être rendus publics ou communiqués à des tiers par l'Administration chargée des Mines sauf accord exprès et mention spécifique du titulaire du permis d'exploitation ou de l'autorisation d'exploitation de petite mine.

Parmi les renseignements pour lesquels le titulaire n'a pas donné l'accord visé ci-dessus, tout ce qui a trait à la géologie, à l'hydrogéologie, à la géochimie et à la géophysique deviendra public trois ans après la fin du permis d'exploitation ou de l'autorisation d'exploitation de petite mine.

Art.91.- Dès qu'une exploitation risque d'être restreinte ou suspendue de manière à affecter l'économie générale de la région et du pays, le titulaire du titre doit en informer le Directeur des Mines.

Art.92.- Avant l'arrêt des travaux de recherche ou de prospection, dès lors qu'ils impliquent un terrassement total d'un volume supérieur à 20.000 m³ ou ont une incidence sur les ressources en eau, ou avant la fin de l'exploitation, le titulaire du titre fait connaître les mesures qu'il envisage de mettre en œuvre pour préserver la sécurité et la salubrité publiques, respecter les caractéristiques essentielles du milieu environnant, conformément à la législation en vigueur en la matière, et d'une façon générale pour faire cesser les nuisances de toute nature générées par ses activités.

Art.93.- Dans le cas des travaux de recherche ou de prospection, le Directeur des Mines procédera à une vérification de la conformité de toutes les mesures prises par le titulaire avec celles prévues dans sa déclaration relative à l'arrêt des travaux et, éventuellement, constatera leur conformité avec les prescriptions complémentaires.

A l'issue de la réalisation satisfaisante de ces mesures, une décision du Directeur des Mines constatera l'arrêt définitif des travaux.

Dans le cas d'une exploitation, les mesures de l'article 92 ci-dessus devront tenir compte, le cas échéant, de la possibilité de reprise de l'exploitation soit entre autres par une découverte ultérieure de ressources nouvelles, soit par une amélioration des conditions économiques, ou par le retraitement de haldes ou de déchets.

L'exploitation, le traitement et la valorisation, en vue de leur utilisation, des terrils, des haldes des mines et des rejets d'exploitation sont soumis à une autorisation préalable délivrée par arrêté du Ministre chargé des mines.

Les terrils et les haldes des mines ainsi que les rejets d'exploitation sont soumis au régime minier ou au régime de carrière selon leur utilisation. !

Le titulaire du titre minier doit soumettre à l'Administration chargée des Mines un dossier détaillé sur les autres mesures qu'il compte prendre et les moyens nécessaires à leur mise en œuvre, dossier qui constitue la déclaration de fermeture. L'Administration chargée des Mines peut éventuellement demander des modifications à ce dossier et signifier au titulaire son accord sur un dossier définitif. Les travaux à exécuter sont réalisés sous le contrôle de l'Administration chargée des Mines.

Art.94.- Tout titulaire d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation de petite mine peut renoncer à celui-ci dès lors qu'il a manifesté son intention à l'Administration chargée des Mines dans les formes et délais prévus dans le décret d'application.

La renonciation à un permis d'exploitation ou à une autorisation d'exploitation de petite mine ne sera entérinée par l'Administration chargée des Mines que si le titulaire a exécuté les

travaux de fermeture de la mine en respectant toutes les obligations mentionnées dans le présent Code minier et notamment la prise de toute mesure visant la protection et la réhabilitation de l'environnement et que le respect de ces obligations a été dûment constaté par les Services Techniques compétents.

Il sera mis fin aux titres d'exploitation par décret en ce qui concerne le permis d'exploitation et par arrêté en ce qui concerne l'autorisation d'exploitation de petite mine.

Le titulaire conserve toutefois une responsabilité civile en cas d'accident et/ou dommages dus à ses anciens travaux.

Art.95.- A la fin du permis d'exploitation, quelle qu'en soit la raison, un arrêté du Ministre chargé des Mines constatera la bonne exécution des obligations de fermeture et de réhabilitation de la mine. Il sera alors mis fin au permis d'exploitation par décret.

Art.96.- A la fin de l'autorisation d'exploitation de petite mine, quelle qu'en soit la raison, une décision du Ministre chargé des Mines constatera la bonne exécution des obligations de fermeture et de réhabilitation du site. Il sera alors mis fin à l'autorisation d'exploitation de petite mine par arrêté du Ministre chargé des Mines.

Art.97.- A la fin du permis d'exploitation ou de l'autorisation d'exploitation de petite mine, dans le respect des dispositions qui précèdent, les ouvrages miniers ainsi que les bâtiments et autres installations fixes de la mine, pourront être acquis par l'État. L'ancien titulaire ne conserve aucun droit se rattachant à ce permis d'exploitation, ni aucune responsabilité administrative vis-à-vis de la police des mines. Il conserve toutefois une responsabilité civile en cas d'accident et/ou dommages dus à ses anciens travaux.

Art.98.- Tout détenteur d'un titre minier adressera chaque année, à l'Administration chargée des Mines, une copie de son rapport annuel d'activités.

Titre 5 - Des carrières

Chapitre 1 - Des catégories et des caractéristiques

Art.99.- Sont considérés comme carrières, les gîtes de substances minérales définis à l'article 5 ci-dessus.

Art.100.- Les carrières se subdivisent en deux catégories en fonction de leur production annuelle :

- 1° les carrières artisanales : extraction annuelle n'excédant pas 10000 m³ ;
- 2° les carrières industrielles : extraction annuelle supérieure à 10.000 m³.

Les caractéristiques des différentes catégories de carrières sont définies dans le décret d'application.

Toute exploitation de carrière doit être située à une distance minimale des habitations, définie dans le décret d'application.

Pour les besoins des carrières industrielles, une zone de protection sera instituée par Arrêté conjoint des Ministres Chargés des Mines et de l'Administration Territoriale et mise à la disposition des titulaires des autorisations d'exploitation. L'intérieur de cette zone est interdit à toute autre occupation pour toute autre activité ou usage.

Art.101.- Les carrières industrielles dont la production, prévue dans l'étude de faisabilité dépasse 25.000 m³/an et ayant créé au moins quinze emplois salariés permanents dans les travaux d'extraction et de transport des matériaux et investi au moins 150.000.000 FCFA, peuvent bénéficier par un arrêté conjoint des Ministres chargés des Mines et des Finances et, pendant une période de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de cet arrêté, des avantages fiscaux et douaniers prévus aux articles 127, 128, 130, 133 et 134 du présent Code minier.

Art.102.- Les substances de carrières ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'autorisations d'ouverture et d'exploitation de carrière délivrées par l'Administration chargée des Mines.

Le droit d'explorer et d'exploiter des gisements appartenant à la catégorie de ceux soumis au régime des carrières a été défini à l'article 10 ci-dessus.

Art.103.- Tout exploitant de carrière est tenu d'exécuter les travaux selon les règles de l'art, de façon à garantir la sécurité des travailleurs et des tiers par le respect des règles régissant le transport, le stockage et l'utilisation des explosifs.

Les règles d'hygiène, de sécurité et d'environnement doivent être respectées sur les sites. La police des carrières est assurée par l'Administration chargée des Mines.

Chapitre 2 - Des relations avec les propriétaires du sol

Art.104.- Le propriétaire du sol, s'il est privé, a, lorsqu'il est confronté à une demande d'autorisation d'exploitation de carrière sur sa propriété, trois possibilités :

- refuser ;
- vendre sa propriété au demandeur ;
- mettre sa propriété à la disposition du demandeur pour une durée déterminée dans des conditions précisées dans le décret d'application.

Si le terrain appartient au domaine privé de l'État, celui-ci peut refuser ou mettre ce terrain à disposition pour une durée déterminée et dans des conditions précisées dans le décret d'application.

Dans le cas d'une mise à disposition, la durée de celle-ci sera de dix ans renouvelable pour les carrières industrielles, sauf si le demandeur n'en exprime pas la nécessité. Cette durée ne pourra être inférieure à trois ans pour les carrières artisanales. A l'expiration de la mise à disposition, le propriétaire peut s'opposer à son renouvellement.

Art.105.- A la cessation de cette mise à disposition, pour quelque raison que ce soit, le propriétaire du sol est en droit d'exiger la remise en état du site. Toutefois, si cette cessation intervient par la faute du propriétaire, il doit verser une indemnité d'éviction à l'exploitant.

Chapitre 3 - Des relations avec les autorités administratives

Art.106.- Tout futur exploitant de carrière doit, quatre mois au moins avant son ouverture lorsqu'il s'agit d'une carrière industrielle, un mois avant son ouverture, lorsqu'il s'agit d'une carrière artisanale, déclarer cette ouverture aux Administrations chargées des Mines et de la Collectivité Territoriale sur le territoire de laquelle s'exerce l'activité.

Le futur exploitant doit, à cette fin, soumettre à l'autorité compétente un dossier dont la forme et la structure sont précisées dans le décret d'application, dossier comprenant notamment une notice d'impact environnemental et social.

L'autorité compétente peut émettre, dans un délai de deux mois pour les carrières industrielles et de quinze jours pour les carrières artisanales, des observations sur le dossier dont le futur opérateur devra tenir compte en modifiant celui-ci. A défaut de ces modifications, l'autorité peut interdire l'ouverture de la carrière.

Un dépôt sur un compte bloqué dans une banque commerciale située au Mali ou une garantie à première demande, certifiée, si la garantie est fournie par une banque étrangère, par une banque située au Mali, destiné(e) à garantir la remise en état du site à la cessation des activités, sera exigé(e) pour l'ouverture d'une carrière industrielle. Son montant est précisé dans le décret d'application.

Art.107.- L'autorisation d'exploitation d'une carrière est octroyée pour une durée de dix ans renouvelable. L'autorisation d'ouverture d'une carrière est octroyée pour une durée de trois ans renouvelable.

L'autorisation d'ouverture ou d'exploitation de carrière confère à son titulaire un droit d'occupation d'un périmètre et la libre disposition des substances pour lesquelles elle a été délivrée.

Art.108.- L'exploitation d'une carrière est soumise à la surveillance de l'autorité compétente.

Art.109.- Les travaux d'exploitation de la carrière doivent respecter les engagements pris dans le dossier de déclaration d'ouverture et d'une façon générale respecter les contraintes et les obligations afférentes à la sécurité et à la santé du personnel et à la protection de l'environnement, conformément à la réglementation en vigueur.

Lorsque ces objectifs sont menacés par les travaux d'exploitation, l'autorité administrative compétente prescrit des mesures d'atténuation ou de correction en rapport avec les services concernés.

En cas de manquement persistant à ces obligations, l'exploitation peut être suspendue ou annulée après une mise en demeure non suivie d'effet dans un délai d'un mois.

Le retrait de l'autorisation d'ouverture ou d'exploitation n'ouvre droit au profit de son titulaire à aucune forme d'indemnisation ou de dédommagement de la part de l'État.

L'autorisation d'ouverture ou d'exploitation de carrière constitue un bien meuble.

Art.110.- A la fin de l'exploitation, l'exploitant, outre l'application des engagements mentionnés ci-dessus, doit réhabiliter le site pour respecter les caractéristiques essentielles du milieu environnant, conformément à la législation en vigueur en matière d'environnement.

Le dépôt mentionné à l'article 106 ci-dessus sera libéré après la réalisation des travaux de réhabilitation ou utilisé par l'administration pour les faire réaliser. Au cas où le montant serait insuffisant, l'État exigera le supplément à l'exploitant, sous peine de poursuite judiciaire.

Art.111.- Les carrières industrielles sont cessibles, transmissibles ou amodiabiles sous réserve de l'autorisation préalable du propriétaire du sol ou du Ministre chargé des Mines.

Titre 6 - Des déclarations de fouilles et des levés géophysiques et géotechniques

Art.112.- Toute personne exécutant un sondage, un ouvrage souterrain, un travail de fouille, quel qu'en soit l'objet, à l'exception des puits à usage domestique, dont la profondeur dépasse dix mètres doit être en mesure de justifier que déclaration en a été faite soit à l'Administration chargée des Mines, soit à la Collectivité Territoriale de l'endroit où se trouve l'ouvrage qui en informera le Directeur des Mines.

Tout levé géophysique, toute campagne de prospection géochimique ou d'études de minéraux lourds doivent faire l'objet d'une déclaration préalable à l'Administration chargée des Mines.

Art.113.- Les ingénieurs et techniciens de l'Administration chargée des Mines qui sont munis d'un ordre de mission émanant du Ministère chargé des Mines ont accès à tous les travaux cités dans l'Article 112 ci-dessus et à toute documentation y relative, soit pendant, soit après leur exécution, dès lors qu'ils dépassent dix mètres de profondeur.

Art.114.- Les documents ou renseignements recueillis en application des articles 112 et 113 ci-dessus ne peuvent, sauf autorisation de l'auteur des travaux, être rendus publics ou communiqués à des tiers par l'administration avant l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la date à laquelle ils ont été obtenus.

Pour les travaux exécutés dans le lit des fleuves ou rivières et par exception aux dispositions du paragraphe ci-dessus, les renseignements intéressant la sécurité de la navigation, tombent immédiatement dans le domaine public.

Art.115.- Les dispositions du Titre 6 ne s'appliquent pas aux travaux effectués dans le cadre d'un titre minier.

Titre 7 - Des dispositions économiques, financières, fiscales et douanières applicables aux activités minières

Chapitre 1 - Du régime économique

Art.116.- Pendant la durée de validité de chaque titre minier, le titulaire bénéficie des avantages ci-après :

a) Le libre choix des fournisseurs et sous-traitants pour l'achat de biens et services.

Toutefois, les titulaires de titres miniers, leurs fournisseurs et leurs sous-traitants utiliseront autant qu'il est possible des services et matières premières de source malienne et des produits fabriqués ou vendus au Mali dans la mesure où ces services et produits sont disponibles à des conditions compétitives de prix, qualité, garanties et délais de livraison.

b) La libre importation des marchandises, matériaux, matériels, machinés, équipements, pièces de rechange et biens consommables, sous réserve du respect du Code des douanes.

c) La libre circulation à travers le Mali des matériels et biens visés à l'alinéa précédent ainsi que de toutes substances et tous produits provenant des activités de recherche et d'exploitation.

d) L'importation et la circulation des matières dangereuses selon la réglementation en vigueur.

e) Le droit d'importer tout équipement, pièces de rechange, provisions, vivres et boissons liés aux activités au Mali, même s'ils ne sont pas directement nécessaires aux travaux de recherche ou de prospection, d'exploitation ou de transformation de produits extraits, en payant toutefois les droits y afférents.

Pour le règlement de ces opérations, les sociétés minières qui bénéficient de comptes à l'étranger à titre dérogatoire ont une obligation de compte rendu. A cet effet, elles doivent tenir deux comptes : un « compte de domiciliation » qui sera crédité des recettes d'exportation et un « compte de dépenses extérieures » qui sera crédité par le débit du premier compte pour les dépenses de cette nature des sociétés, sur des périodes de trois mois.

Le solde du « compte de domiciliation » sera rapatrié après chaque approvisionnement du « compte de dépenses extérieures ». Un compte rendu d'opérations mensuel, accompagné des relevés des deux comptes sera transmis mensuellement par la banque domiciliaire au Ministre chargé des Finances et à la BCEAO pour des besoins de contrôle.

Les sociétés titulaires de titres miniers, leurs affiliés et leurs sous-traitants ont l'obligation de se soumettre à J'audit, au suivi et au contrôle des Administrations compétentes et de la BCEAO par rapport aux mouvements de leurs comptes offshore autorisés, conformément à la réglementation des changes en vigueur dans les pays membres de l'UEMOA.

Toutefois, les sociétés titulaires de titres miniers, leurs fournisseurs et leurs sous-traitants utiliseront autant qu'il est possible des produits fabriqués ou vendus au Mali dans la mesure

où ces produits sont disponibles à des conditions compétitives de prix, qualité, garanties et délais de livraison ;

f) Aux titulaires de permis d'exploitation et d'autorisation d'exploitation de petite mine d'exporter les substances extraites, produites ou transformées et de faire librement le commerce de telles substances sauf vers ou avec des pays hostiles à l'État ou à ses ressortissants.

g) L'exécution des contrats à condition que ces contrats aient été établis à des prix raisonnables, du point de vue du marché mondial. Tous les contrats entre la société d'exploitation et ses actionnaires seront conclus à des conditions ne pouvant être plus avantageuses que celles d'un contrat négocié avec des tiers.

Chapitre 2 - Du régime financier

Art.117.- Sous réserve des dispositions du présent Code minier, l'État garantit aux sociétés titulaires de titres miniers, leurs affiliées, leurs fournisseurs et leurs sous-traitants :

- la libre conversion et le libre transfert des fonds destinés aux règlements de toutes dettes (principal et intérêts) en devises, vis-à-vis des créanciers et fournisseurs étrangers ;
- la libre conversion et le libre transfert des bénéfices nets à distribuer aux associés non maliens et de toutes sommes affectées à l'amortissement des financements obtenus auprès d'institutions non maliennes et des sociétés affiliées au titulaire du titre minier après avoir payé tous les impôts et taxes prévus par la législation malienne ;
- la libre conversion et 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 la législation malienne ;
- la libre conversion et le libre transfert, par le personnel expatrié employé par les titulaires de titres miniers, des économies réalisées sur leur traitement ou résultant de la liquidation d'investissements au Mali ou de la vente de leurs effets personnels après paiement des impôts et taxes prévus par la législation malienne.

Nonobstant les dispositions de l'alinéa 1^{er} du présent article, les sociétés titulaires de titres miniers, leurs affiliées, leurs fournisseurs et leurs sous-traitants sont soumis, dans le cadre de l'exécution de leurs opérations avec l'étranger, aux dispositions de la réglementation des changes en vigueur au Mali.

Chapitre 3 - Du régime fiscal

Art.118.- La stabilité du régime fiscal et douanier est garantie aux titulaires de titres miniers pendant la période de validité de leurs titres.

Pendant la période de validité des titres miniers, les assiettes et les taux des impôts et taxes demeureront tels qu'ils existaient à la date de délivrance des dits titres et aucune nouvelle taxe ou imposition de quelque nature que ce soit ne sera applicable au titulaire ou bénéficiaire

pendant cette période, à l'exception des droits, taxes et redevances minières ainsi que ceux qui pourraient être édictés par les organisations internationales dont le Mali est membre.

Cependant, en cas de diminution des charges fiscales et douanières ou leur remplacement par un régime fiscal et douanier plus favorable, les titulaires de titres miniers ne pourront opter pour ce régime plus favorable que s'ils l'adoptent dans sa totalité.

Les biens d'équipement et les consommables importés en phase de recherche et/ou d'exploitation feront l'objet d'une liste minière. Cette liste est établie et mise à jour périodiquement par les Administrations chargées des mines, des douanes, des impôts et du commerce.

Art.119.- L'attribution des titres miniers, des autorisations d'ouverture ou d'exploitation des carrières et des autorisations d'exploitation artisanale, leur transfert par cession ou transmission ainsi que leur renouvellement sont soumis au paiement des droits et taxes dont l'assiette, le taux ou le montant sont fixés par le décret d'application du présent Code minier.

Art.120.- Les titulaires d'Autorisation de prospection, de Permis de recherche, de Permis d'exploitation et d'Autorisation d'exploitation de petite mine sont tenus de s'acquitter d'une redevance superficielle annuelle dont le montant et l'assiette sont fixés par le décret d'application du présent Code minier.

Art.121.- Les produits miniers des groupes 1, 2, 3 et 4 sont soumis à un impôt spécial dit « Impôt Spécial sur Certains Produits (ISCP) » et à une redevance additionnelle dite Taxe ad Valorem.

Les produits miniers des substances du groupe 5 sont soumis à une redevance additionnelle dite Taxe ad Valorem.

La base taxable de l'ISCP est le chiffre d'affaires hors TVA.

La base taxable de la taxe ad valorem est la valeur départ carreau-mine des substances extraites, exportées ou non, en déduisant les frais et charges intermédiaires.

Les taux de l'ISCP et de la Taxe ad Valorem sont fixés par un décret pris en Conseil des Ministres.

Art.122.- Les titulaires d'autorisations d'ouverture ou d'exploitation de carrières sont soumis au paiement d'une taxe d'extraction ou de ramassage de matériaux, proportionnelle au volume de matériaux extraits ou ramassés dont le montant est fixé dans le décret d'application du présent Code minier.

Art.123.- La plus-value de cession ou de transmission de titres miniers est considérée comme un revenu exceptionnel.

La moins-value de cession ou de transmission de titres miniers est considérée comme une charge ou une perte exceptionnelle.

Les modalités d'imposition sont définies dans le décret d'application du présent Code minier.

Art.124.- Toute société titulaire d'un titre minier d'exploitation qui produirait au cours d'une année une quantité supérieure de plus de 10 % à la quantité prévisionnelle fixée dans le programme de production annuelle approuvé par l'assemblée générale des actionnaires, doit

acquitter les impôts et taxes exigibles selon le droit commun sur les opérations et résultats se rapportant à cette surproduction.

Art.125.- Les titulaires d'autorisation de prospection ou de permis de recherche sont exonérés de tous impôts (y compris la TVA), droits, contributions ou toutes autres taxes directes ou indirectes qu'ils auraient à acquitter personnellement ou dont ils auraient à supporter la charge, à l'exception :

- a) des droits et taxes prévus aux articles 119 à 123 du présent Code minier ;
- b) de la taxe emploi jeunes et la taxe de formation professionnelle, à la charge de l'employeur, au taux en vigueur (l'assiette étant égale au total du montant brut des rémunérations, traitements, salaires, primes et indemnités non exonérées par un texte légal ou réglementaire et les avantages en nature alloués aux employés) ;
- c) de la taxe - logement ;
- d) des charges et cotisations sociales normalement dues, pour les employés, telles que prévues par la réglementation en vigueur ;
- e) de l'impôt sur les traitements et salaires dû par les employés ;
- f) de la vignette sur les véhicules, à l'exception des engins lourds exclusivement liés à des opérations de prospection ou de recherche ;
- g) de la taxe sur les contrats d'assurance, à l'exception des véhicules de chantiers et/ou autres véhicules exclusivement liés aux opérations de recherche ou de prospection ;
- h) des droits d'enregistrement ;
- i) de la contribution au Programme de Vérification des Importations (PVI) ;
- j) de la redevance statistique.

Art.126.- Les titulaires de permis d'exploitation, d'autorisation d'exploitation de petite mine et d'autorisation d'exploitation de carrières visées à l'article 101 du présent Code minier sont soumis au paiement des impôts, droits et taxes ci-après :

- a) les impôts, droits et taxes prévus aux articles 119, 120, 121 ; 122 et 122 du présent Code minier ;
- b) la Contribution Forfaitaire des Employeurs (CFE), à la charge de l'employeur, au taux en vigueur (l'assiette étant égale au total du montant brut des rémunérations ; traitements, salaires, primes et indemnités non exonérées par un texte légal ou réglementaire et les avantages en nature alloués aux employés) ;
- c) la taxe emploi jeunes et la taxe de formation professionnelle, à la charge de l'employeur, au taux en vigueur (l'assiette étant égale au total du montant brut des rémunérations, traitements, salaires, primes et indemnités non exonérées par un texte légal ou réglementaire et les avantages en nature alloués aux employés) ;
- d) la taxe logement ;
- e) les charges et contributions sociales dues pour les employés, telles que prévues par la réglementation en vigueur ;
- f) l'Impôt sur les traitements et salaires dû par les employés ;
- les vignettes sur les véhicules, à l'exception des engins lourds exclusivement liés aux opérations d'exploitation ;
- h) la taxe sur les contrats d'assurance, à l'exception des véhicules directement liés aux opérations d'exploitation ;
- i) l'Impôt sur les Revenus de Valeurs Mobilières ;
- j) les droits d'enregistrement ;
- k) les droits de patente et cotisations annexes ;

- l) l'impôt sur les Bénéfices Industriels et Commerciaux ou l'impôt sur les Sociétés ;
- m) la contribution au Programme de Vérification des Importations (PVI) ;
- n) le droit de timbre sur les intentions d'exporter des produits miniers ;
- o) la redevance statistique.

Art.127.- Les titulaires de permis d'exploitation, d'autorisation d'exploitation de petite mine sont exonérés de la TVA, pendant une période se terminant à la fin de la troisième année suivant la Date de démarrage de la production.

Art.128.- Nonobstant les dispositions de l'article 126 ci-dessus, les titulaires de permis d'exploitation, d'autorisation d'exploitation de petite mine bénéficient de la réduction du taux de l'impôt sur les BIC ou l'impôt sur les sociétés à 25 % sur quinze ans suivant la date de démarrage de la production.

Art.129.- Les titulaires de titres miniers sont tenus de procéder à la retenue à la source, au titre de l'IS et de l'IBIC, sur les sommes versées à des personnes n'ayant pas d'installation permanente au Mali et au reversement de ladite retenue, conformément aux dispositions du Code Général des Impôts.

Art.130.- Les titulaires de permis d'exploitation, d'autorisation d'exploitation de petite mine et d'autorisation d'exploitation de carrières visées à l'article 101 du présent Code minier, bénéficient du régime de l'amortissement accéléré conformément aux dispositions du Code Général des Impôts.

Art.131.- Tout sous-traitant fournissant des services au Mali pour un titulaire de titre minier bénéficie des mêmes avantages fiscaux et douaniers que celui-ci.

Tout sous-traitant, entrant dans la catégorie définie à l'article 1 du présent Code minier, qui exécute des prestations ou des services au Mali pour des titulaires de titres miniers, est tenu de créer une société de droit malien conformément à la réglementation en vigueur.

Cette obligation ne s'applique pas à ceux de ces sous-traitants qui exécutent ces mêmes prestations et/ou services pour une durée n'excédant pas douze mois.

Étant toutefois entendu que, dans un cas comme dans l'autre, l'étendue de la durée de présence du sous-traitant sur le territoire malien ne fait pas obstacle à l'exécution des obligations fiscales auxquelles il est tenu conformément aux dispositions du Code Général des Impôts.

Art.132.- Les investissements portant sur les infrastructures et installations d'hébergement, de restauration, d'éducation, de santé et de loisirs, prévus à l'article 140, bénéficient des avantages fiscaux et douaniers prévus au présent Code.

Chapitre 4 - Du régime douanier

Art.133.- Pendant la phase de recherche ou de prospection, les matériels techniques, machines, appareils, véhicules utilitaires et groupes électrogènes importés par les titulaires d'autorisation de prospection ou de permis de recherche dans le cadre de leurs activités sont placés sous le régime douanier de l'Admission Temporaire au prorata temporis gratuit

pendant toute la durée de validité du permis de recherche ou de l'autorisation de prospection, conformément à la liste minière.

A l'expiration de l'autorisation de prospection ou du permis de recherche, ces matériels, machines, appareils, véhicules utilitaires et groupes électrogènes devront être réexportés, à moins que les bénéficiaires ne justifient de leur utilisation en phase d'exploitation.

Les titulaires d'autorisation de prospection ou de permis de recherche sont tenus de fournir annuellement à l'Administration chargée des Douanes, et à l'Administration chargée des Mines, dans le premier trimestre de chaque année, un état du matériel admis temporairement. Cet état, établi par titre minier, doit faire ressortir les caractéristiques desdits matériels.

En cas de pluralité de titres miniers détenus par une même personne morale, le transfert de matériel d'un titre minier sur un autre titre minier doit faire l'objet d'une information écrite préalable de l'Administration des Douanes avec ampliation à l'Administration chargée des Mines.

En cas de revente au Mali d'un article placé sous le régime de l'admission temporaire, les titulaires d'autorisation de prospection ou de permis de recherche deviennent redevables de tous les droits et taxes liquidés par le service des douanes sur la base d'une évaluation qui tient compte de la dépréciation intervenue jusqu'au jour de la revente. Il en est de même pour les biens importés en exonération des droits et taxes, tant pour le titulaire du titre minier que pour le personnel expatrié.

Les titulaires de titres miniers bénéficient pendant toute la durée de leur permis de recherche ou de leur autorisation de prospection de l'exonération des droits et taxes (à l'exception du PCS et du PC) exigibles à l'importation des matériaux, matières et consommables miniers, pièces de rechange, équipements, outillages reconnus indispensables à leurs activités par les Administrations chargées des Mines et des Douanes, suivant la nature des produits conformément à la Liste Minière.

Le personnel expatrié employé par les titulaires d'autorisation de prospection ou de permis de recherche bénéficie, pour ce qui concerne ses effets et objets personnels, de l'exonération des droits et taxes, sur une période de six mois à compter de sa première installation au Mali.

La redevance statistique sera perçue au cordon douanier.

Art.134.- Pendant toute la durée de validité de leur titre minier, les titulaires de permis d'exploitation ou d'autorisation d'exploitation de petite mine bénéficient de l'exonération des droits et taxes (à l'exception du PCS et du PC) exigibles sur les produits pétroliers destinés à la production d'énergie nécessaire à l'extraction, le transport et le traitement du minerai et pour le fonctionnement et l'entretien des infrastructures sociales et sanitaires créées par la société pour ses employés.

Les titulaires de permis d'exploitation, d'autorisation d'exploitation de petite mine et d'autorisation d'exploitation de carrières visées à l'article 101 du présent Code minier sont soumis au paiement des droits et taxes douaniers conformément au tarif douanier en vigueur.

Les titulaires de permis d'exploitation ou d'autorisation d'exploitation de petite mine bénéficient des avantages ci-après pendant une période se terminant à la fin de la troisième année suivant la Date de démarrage de la production :

- a) le Régime de l'admission temporaire au prorata temporis gratuit pour les matériels, machines et appareils, engins lourds, véhicules utilitaires et autres biens placés sous ce régime et figurant sur la Liste Minière.
- b) l'exonération de tous droits et taxes d'entrée exigibles sur l'outillage, les produits chimiques, les produits réactifs, les produits pétroliers, huiles et graisses pour machines nécessaires à leurs activités, les pièces de rechange à l'exclusion de celles destinées aux véhicules de tourisme et à tous véhicules à usage privé, les matériaux et les matériels, machines et appareils destinés à être intégrés à titre définitif dans les ouvrages et figurant sur la Liste minière ;
- c) l'exonération de tous droits et taxes de sortie, habituellement exigibles à la réexportation, pour les objets et effets du personnel ainsi que l'équipement ayant servi à l'exécution des travaux d'exploitation.

En cas de revente au Mali d'un article placé sous le régime de l'admission temporaire, les titulaires de permis d'exploitation ou d'autorisation d'exploitation de petite mine deviennent redevables de tous les droits et taxes liquidés par le service des douanes sur la base d'une évaluation qui tient compte de la dépréciation intervenue jusqu'au jour de la revente. Il en est de même pour la revente des biens importés en exonération des droits et taxes par le titulaire du titre minier et le personnel expatrié.

Les véhicules de tourisme utilisés pour les activités des titulaires de titres miniers ainsi que les véhicules destinés à un usage privé sont placés sous le régime de droit commun.

A la fin de la troisième année suivant la Date du démarrage de la production, à l'exception des matériels et équipements visés au point a) ci-dessus du présent article qui seront soumis au régime de l'admission temporaire au prorata temporis payant, toutes les autres importations (à l'exception des produits pétroliers destinés à la production d'énergie nécessaire à l'extraction, le transport et le traitement du minerai et pour le fonctionnement et l'entretien des infrastructures sociales et sanitaires créées par la société pour ses employés) des titulaires de permis d'exploitation et d'autorisation d'exploitation de petite mine, seront soumises au paiement des droits et taxes douaniers conformément au tarif douanier en vigueur.

La redevance statistique sera perçue au cordon douanier.

Chapitre 5 - Du régime fiscal et douanier particulier

Art.135.- Les titulaires de permis d'exploitation ou d'autorisation d'exploitation de petite mine pourront, à leur demande, bénéficier du régime fiscal et douanier particulier correspondant au régime fiscal et douanier habituellement accordé aux titulaires de ces deux titres miniers. Ce régime particulier sera accordé dans les conditions ci-après :

- a) effectuer des travaux d'extension d'activités anciennes au Mali, sur la base d'une étude de faisabilité préalablement approuvée par l'État ; le régime particulier ne s'appliquant qu'aux seules extensions et aux modifications des procédés ;
- b) effectuer des investissements représentant une importance particulière pour le

développement de l'industrie minière au Mali.

La durée du régime est de deux ans pour les extensions liées à la modification du système d'exploitation des minerais et de dix huit mois s'il s'agit des extensions liées aux modifications du procédé de transport et/ou de traitement des minerais.

L'octroi du régime particulier est constaté par un avenant à la convention d'établissement initiale, approuvé par décret du Chef du Gouvernement.

Les conditions d'application du régime fiscal et douanier particulier sont fixées dans le décret d'application du présent Code minier.

Chapitre 6 - Des assurances

Art.136.- Les titulaires des permis d'exploitation ou d'autorisation d'exploitation de petite mine devront souscrire obligatoirement des assurances couvrant leur matériel, leur exploitation ainsi que leur responsabilité.

Seront également soumises à l'obligation d'assurer les importations de matériel, d'équipement et d'intrants nécessitées par l'exploitation de mines situées au Mali.

Ces assurances devront être souscrites auprès des sociétés d'assurance agréées au Mali conformément à l'article 308 du Code CIMA.

Titre 8 - Des dispositions relatives à l'emploi et à la formation professionnelle, à la sante, à l'hygiène, à la sécurité, à l'environnement, au patrimoine culturel, au développement communautaire et à la fermeture de mine

Chapitre 1 - De l'emploi et de la formation du personnel

Art.137.- Les titulaires de titres miniers et leurs sous-traitants sont tenus :

- a) de respecter les conditions générales d'emploi conformément à la réglementation en vigueur ;
- b) d'accorder la préférence, à qualification égale, au personnel malien ;
- c) de mettre en œuvre un programme de formation et de promotion du personnel malien en vue d'assurer son utilisation dans toutes les phases de l'activité minière ;
- d) de procéder au fur et à mesure, au remplacement du personnel expatrié par des nationaux ayant acquis la même formation et expérience en cours d'emploi.

Art.138.- L'État s'engage à :

- a) accorder aux titulaires de titres miniers et à leurs sous-traitants, les autorisations requises pour permettre aux employés d'effectuer des heures supplémentaires et de travailler la nuit ou pendant les jours habituellement chômés ou fériés, conformément à la législation en vigueur ;
- b) n'édicter à l'égard des titulaires de titres miniers et leurs sous-traitants ainsi qu'à l'égard de leur personnel aucune mesure en matière de législation du travail ou sociale qui

puisse être considérée comme discriminatoire par rapport à celles qui seraient imposées à des entreprises exerçant une activité similaire au Mali.

Art.139.- Les titulaires de titres miniers et leurs sous-traitants peuvent engager pour leurs activités au Mali le personnel expatrié nécessaire pour la conduite efficace et la réussite de leurs activités.

L'État facilitera l'acquisition des pièces administratives nécessaires à l'entrée et au séjour de ce personnel expatrié conformément à la législation en vigueur.

Chapitre 2 - De la sante, de l'hygiène et de la sécurité

Art.140.- Les titulaires de titres miniers et leurs sous-traitants ainsi que les titulaires d'autorisations d'ouverture ou d'exploitation de carrières sont tenus de respecter les règles de sécurité et d'hygiène minimales applicables aux travaux de recherche et d'exploitation. Ils sont aussi tenus de respecter les dispositions relatives aux risques de santé inhérents aux exploitations minières ou de carrières et les règles de sécurité relatives au transport, au stockage et à l'utilisation des explosifs et des substances chimiques. A cet effet, ils sont tenus d'appliquer les règlements relatifs aux mesures de protection et de prévention conformément aux normes nationales ou internationales admises pour ces genres de travaux.

Les copies de ces règlements doivent être affichées sur les lieux de travail dans les endroits les plus visibles pour les employés.

Art.141.- Les titulaires de titres miniers et leurs sous-traitants sont tenus :

- a) d'assurer le logement des travailleurs sur le site dans des conditions d'hygiène et de salubrité conformes à la législation en vigueur ;
- b) de respecter la législation et les règlements sanitaires tels qu'ils résultent des textes en vigueur ;
- c) de respecter les conditions générales du travail relatives à la prévention et à la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles ;
- d) de respecter les conditions générales du travail relatives aux associations professionnelles et aux syndicats ;
- e) de contribuer à partir de la date du démarrage de la production :
 - à l'implantation ou à l'amélioration d'infrastructures sanitaires et scolaires à une distance raisonnable du gisement correspondant aux besoins normaux des travailleurs et de leurs familles ;
 - à l'organisation, sur le plan local, d'installations de loisirs pour leur personnel et leurs familles.

Chapitre 3 - De la protection de l'environnement et du patrimoine culturel

Art.142.- Tout titulaire de titre minier ou d'autorisation d'ouverture et d'exploitation de carrière est tenu de respecter les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement en vigueur au Mali.

Art.143.- Les titulaires de permis de recherche ou d'autorisation de prospection sont tenus de :

a) respecter les dispositions particulières contenues aux articles 73 à 75 ci-dessus ;

b) réaliser les travaux de remise en état et de sécurisation du site minier chaque fois que les travaux de recherche comportent (i) des travaux souterrains par galeries ou puits, (ii) un aménagement d'aire d'accumulation, (iii) un travail sur des matériaux accumulés, (iv) des sondages ayant une incidence sur les ressources en eau ou (v) une modification du relief dépassant un mètre, le tout conformément à une note remise à l'Administration chargée des Mines à cet effet ;

c) déposer au soutien de la réalisation des mesures prévues par l'article 92 du présent Code, une caution ou garantie auprès d'une banque internationalement reconnue, appellable à première demande et dont les conditions de mise en place, le montant et les modalités de décaissement sont définis dans le décret d'application, destinée à garantir la remise en état et la sécurisation du site après des travaux d'excavation ayant pour but l'exploration impliquant un déplacement important de dépôts meubles, le décapage de la roche, l'extraction ou le déplacement de quantités importantes de substances minérales à des fins d'échantillonnage ;

Il en est de même des travaux souterrains liés à l'exploration minière souterraine fonçage de rampes d'accès, de puits ou autres excavations, dénoyage de puits de mine et maintien à sec des excavations, remise en état des chantiers ou autres ouvrages souterrains, acheminement des substances minérales à la surface ;

e) fournir à l'Administration chargée des Mines un rapport d'activités résumant les travaux de recherche effectués, leurs incidences environnementales et les travaux de remise en état et de sécurisation réalisés pour se conformer aux obligations contenues à l'article 92 ci-dessus ;

f) fournir à l'Administration chargée des Mines, lorsqu'il s'agit de substances minérales radioactives, une notice d'impact environnemental et social chaque fois que les travaux comportent : (i) des travaux par galerie ou puits, (ii) un travail sur les matériaux accumulés, des sondages ayant une incidence sur les ressources en eau ou la qualité de celles ci ;

g) fournir à l'Administration chargée de l'Environnement un rapport d'activités résumant les incidences environnementales des travaux de recherche effectués et les travaux de remise en état et de sécurisation réalisés pour se conformer aux obligations contenues à l'article 92 ci-dessus ;

h) 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.

Les Administrations chargées des Mines et de l'Environnement constateront la réalisation satisfaisante des travaux de remise en état et de sécurisation par la délivrance au titulaire du permis de recherche ou de l'autorisation de prospection d'un certificat de conformité d'exécution des travaux.

Art.144.- Pour répondre aux obligations contenues aux articles 92 et 93 ci-dessus, le demandeur d'un permis d'exploitation est tenu de remettre à l'Administration chargée des mines, à l'appui de sa demande, un permis environnemental, sur la base de l'étude d'impact environnemental et social dont le contenu est détaillé dans le décret d'application.

Art.145.- Le titulaire du permis d'exploitation est tenu de :

- a) actualiser l'Étude d'Impact Environnemental et Social, définie à l'article 144 ci-dessus, et inclure cette actualisation dans le rapport annuel exigé à l'article 88 ci-dessus;
- b) conformément au plan de fermeture prévu à l'article 154 ci-dessous, garantir la bonne fin de l'exécution des travaux de préservation, de mise en état ou de réhabilitation et de sécurisation du site minier prévus dans l'étude d'Impact Environnemental et Social au moyen d'une caution auprès d'une banque internationalement reconnue, appellable à première demande et dont les conditions de mise en place, le montant et les modalités de décaissement sont définis dans le décret d'application et,
- c) faire précéder toute ouverture de travaux d'exploitation d'une étude archéologique à l'intérieur du périmètre d'exploitation conformément à la législation en vigueur.

Art.146.- Pour répondre aux obligations contenues aux articles 92 et 93 ci-dessus, le demandeur d'une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu de remettre à l'Administration chargée des Mines :

- a) un état des lieux conformément aux directives environnementales;
- b) une note exposant la compatibilité du projet avec le respect de l'environnement et les mesures envisagées pour la protection et la réhabilitation des lieux.

Art.147.- Le titulaire d'une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu de :

- a) fournir annuellement à l'administration chargée des Mines, conformément à l'article 86 ci-dessus, une note indiquant l'évolution de la situation environnementale au cours de l'année écoulée ;
- b) réhabiliter le site, à la fin de l'exploitation, et de s'assurer que celui-ci, après fermeture est conforme aux prescriptions relatives à la réhabilitation du site.
- c) garantir conformément aux dispositions de l'article 146 b), la bonne fin de l'exécution des travaux de réhabilitation et de sécurisation du site.

Art.148.- Le demandeur d'une autorisation d'ouverture et d'exploitation de carrière est tenu conformément à la réglementation en vigueur de remettre à l'Administration chargée des Installations classées :

- a) un dossier comprenant entre autres le permis environnemental;
- b) un dossier comprenant entre autres la notice d'impact environnemental et social.

Art.149.- Le titulaire d'une autorisation d'exploitation de carrière est tenu de :

- a) actualiser la notice d'impact environnemental et social, définie à l'article 148 ci-dessus, à la demande de l'Administration chargée des Mines ; et
- b) réhabiliter le site conformément aux dispositions de l'article 109 ci-dessus.

Chapitre 4 - Du développement communautaire

Art.150.- Conformément à l'article 63 du présent Code, tout postulant à un permis d'exploitation ou à une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu de fournir à l'Administration chargée des mines, en même temps que l'étude de faisabilité ou le rapport de faisabilité, un plan de développement communautaire

Art.151.- Le plan de développement communautaire, élaboré en concertation avec les communautés et les autorités locales et régionales, est produit par la société. Il est actualisé tous les deux ans.

Les modalités de cette concertation sont définies par un acte réglementaire.

Ce plan de développement communautaire doit être harmonisé et intégré aux PDSEC des trois niveaux de collectivités territoriales.

Art.152.- Le plan de développement communautaire doit comporter une plateforme minimale définie selon les secteurs d'intervention prioritaires.

Ces secteurs sont précisés dans le décret d'application.

Art.153.- L'Administration chargée des Mines doit s'assurer de l'existence d'un Comité Technique de Développement Communautaire et Local.'

Dans les zones minières, le Comité Technique de Développement Communautaire et Local, élargi aux représentants de l'Administration chargée des Mines et de la Société titulaire du titre minier, est l'organe approprié pour l'approbation, le suivi et le contrôle de la mise en œuvre du plan de développement communautaire.

Cet organe est tenu de fournir au Ministre chargé des Mines un rapport périodique qui fait l'état d'exécution du plan.

Chapitre 5 - De la fermeture de la mine

Art.154.- Tout postulant à un permis d'exploitation ou à une autorisation d'exploitation de petite mine est tenu de prévoir, en même temps que l'Étude d'Impact Environnemental et Social ou la notice d'impact environnemental et social, un plan de fermeture et de réhabilitation de la mine.

Le plan de fermeture et de réhabilitation est soumis à l'approbation de l'Administration chargée respectivement des Mines et des Installations classées avec l'obligation d'en soumettre une révision tous les 5 ans, lorsque des changements dans les activités minières justifient une modification au plan ou lorsque les Administration sus-citées jugent nécessaire de demander au
Traité OHADA modifié 2008

détenteur d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation de petite mine de réviser le plan de fermeture et de réhabilitation.

Art.155.- Le plan de fermeture et de réhabilitation est établi en fonction du site et du type d'exploitation.

Art.156.- Le plan de fermeture et de réhabilitation doit indiquer les méthodes prévues de démantèlement et de récupération de toutes les composantes des installations minières, y compris les installations et équipements qui sont précisés dans le décret d'application.

Le plan de fermeture doit prévoir la réalisation de travaux de réhabilitation progressifs en cours d'exploitation et pas seulement à la cessation de l'exploitation.

Il doit également prévoir le suivi environnemental post-fermeture.

Art.157.- Tout titulaire d'un permis d'exploitation ou d'une autorisation d'exploitation de petite mine conserve une responsabilité civile pour les dommages et accidents qui pourraient être provoqués par les anciennes installations après la fermeture de la mine et la délivrance du quitus en matière environnementale par l'administration compétente.

Art.158.- Au cours de l'année de la prise de décision de fermeture d'une mine, l'exploitant et les autorités administratives devront, en concertation avec les communautés locales, présenter une stratégie de dévolution et d'utilisation des installations et équipements à d'autres fins socio-économiques.

Titre 9 - Des dispositions particulières relatives aux substances précieuses provenant de l'activité artisanale et aux substances minérales radioactives

Art.159.- La collecte, la transformation et la commercialisation de l'or et des autres substances précieuses ou fossiles importés ou produits sur le territoire national par les orpailleurs et tout autre exploitant artisan sont régies par la réglementation en vigueur.

Art.160.- La possession, la détention, le transport, la transformation, le stockage, la manipulation et la commercialisation ainsi que toutes les opérations les ayant pour objet sont soumis à la réglementation en vigueur et/ou aux règles internationales sur les substances radioactives.

Toute personne en possession de substances minérales radioactives est tenue de faire la déclaration à la Direction des Mines.

Art.161.- L'État se réserve un droit de préemption sur ces substances minérales radioactives.

L'exportation des substances minérales radioactives est soumise à une autorisation préalable accordée exclusivement par le Ministre chargé des Mines, sans préjudice des autres obligations relatives au Commerce en République du Mali.

Titre 10 - Des infractions et des sanctions

Art.162.- Tout manquement à l'une quelconque des dispositions du présent Code Minier est considéré comme infraction passible des peines fixées ci-dessous.

Art.163.- Sont punis d'une amende de 100.000 à 1.000.000 FCFA et d'un emprisonnement de onze jours à deux ans, ou de l'une de ces deux peines seulement :

- 1° ceux qui font une fausse déclaration pour obtenir un titre minier ;
- 2° ceux qui s'opposent de quelque manière que ce soit à l'occupation d'un périmètre minier par son titulaire ;
- 3° ceux qui effectuent l'analyse des échantillons en dehors du Mali sans autorisation préalable de la Direction des Mines.

Art.164.- Sont punis d'une amende de 300.000 à 3.000.000 FCFA et d'un emprisonnement d'un mois à trois ans, ou de l'une de ces deux peines seulement :

- 1° Ceux qui se livrent à des travaux de recherche ou d'exploitation de substances minérales soumises au régime des mines sans détenir de titre approprié.
- 2° Ceux qui, au sens des dispositions du Code Pénal, apporteront aide et assistance aux prospecteurs et aux exploitants clandestins ;

En outre, les substances minérales illicitement extraites ainsi que les moyens, objets et instruments ayant concouru aux infractions 1° et 2° ci-dessus seront saisis et confisqués, par voie judiciaire.

- 3° Ceux qui n'auront pas déclaré, à la fin du titre minier, l'arrêt définitif des travaux conformément à l'article 92 ci-dessus ;
- 4° Les titulaires de titres miniers qui ne se conformeront pas dans le délai prescrit aux instructions du Directeur des Mines relatives aux mesures visés à l'article 83 ci-dessus ;
- 5° Les titulaires de titres miniers et d'autorisation d'exploitation de carrières qui falsifieront leurs registres d'extraction, de vente et/ou d'expédition.

Art.165.- Les détenteurs de permis d'exploitation, d'autorisation d'exploitation de petite mine ou d'autorisation d'exploitation de carrières qui ne tiennent pas leurs registres d'extraction, de vente ou d'expédition d'une façon régulière, ou qui refusent de les produire aux fonctionnaires et agents qualifiés de l'Administration chargée des Mines, pourraient, après une mise en demeure de trois mois par le Ministre chargé des Mines ou le Directeur des Mines restée infructueuse, être déchus de leurs titres.

Art.166.- Sont passibles d'une amende 30.000 FCFA à 1.200.000 FCFA et d'un emprisonnement de un à trois mois, ou de l'une de ces deux peines seulement, les auteurs d'infractions aux articles 80 et 112 du présent Code Minier.

Art.167.- Sont passibles d'une amende de 30.000 FCFA à 1.000 000 FCFA et d'un emprisonnement de un a dix jours ou de l'une de ces deux peines seulement, les auteurs d'infractions à l'article 81 du présent Code Minier.

Art.168.- Sont punis d'une amende de 100 000 FCFA à 1.000.000 FCFA et d'un emprisonnement de six mois à deux ans, ou de l'une de ces deux peines seulement :

- a) ceux qui, sans titre minier et de manière illicite, se seront livrés au transport, au

- traitement et à la commercialisation de substances minérales extraites au Mali ;
- b) ceux qui exploitent des substances minérales soumises au régime des carrières non couvertes par une autorisation d'exploitation des carrières ;
 - c) les titulaires de titres miniers qui ne portent pas à la connaissance de l'Administration chargée des Mines les accidents et causes de danger identifiés dans le périmètre de leur titre minier conformément à l'article 85 ci-dessus.

Art.169.- Les fonctionnaires et agents de l'Administration chargée des Mines sont, dans l'exercice de leurs fonctions de police des Mines assimilées aux agents de la force publique.

Les violences et voies de fait exercées sur ces fonctionnaires et agents dans l'exercice de leurs fonctions de police des Mines seront punies des peines prévues par le Code Pénal contre les violences et voies de fait exercées contre les agents de la force publique.

Art.170.- Sont punis d'une amende de 100.000 FCFA à 1.000.000 FCFA et d'un emprisonnement de six mois à deux ans, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque contrevient aux dispositions de la réglementation minière concernant la sécurité et la salubrité publiques et à la préservation de l'environnement, et en particulier :

- 1° conduit les travaux sans se conformer aux dispositions de l'article 83, paragraphe 1, ci-dessus ;
- 2° s'oppose à la réalisation des mesures prescrites aux articles 92 et 93 ci-dessus.

Art.171.- Les titulaires de titres miniers qui ne font pas parvenir leur rapport annuel, sont, après une mise en demeure de trois mois restée infructueuse, passibles d'une amende de 250.000 FCFA.

En cas de récidive pendant la période de validité ou de renouvellement du titre minier, les titulaires de titres miniers pourraient être déchue de leur titre, sans préjudice des autres dispositions du présent Code minier.

Art.172.- Les peines prévues aux articles 163, 164, 165, 166 et 170 ci-dessus seront portées au double en cas de récidive dans les cinq années suivant l'expiration ou la prescription de la peine.

Titre 11 - Des dispositions transitoires et finales

Art.173.- Les titres miniers en cours de validité avant l'entrée en vigueur du présent Code Minier, restent soumis aux dispositions des Ordonnances n°91-065/P-CTSP du 19 septembre 1991 et n°99-032/P-RM du 19 août 1999 et leurs textes d'application, à l'exception des règles relatives aux groupes de substances, au renouvellement des titres et aux procédures de réduction de superficie, de renonciation, de cession, de transmission, d'amodiation ainsi que les exigences en matière de surveillance administrative et de la police des mines, du bornage des titres miniers d'exploitation, de protection et de réhabilitation de l'environnement, de plan de développement communautaire et de la fermeture de la mine.

Les titulaires des titres miniers d'exploitation en cours de validité avant l'entrée en vigueur du présent Code Minier doivent, dans un délai de six mois à partir de la date d'entrée en vigueur du Code Minier, se conformer aux dispositions des articles 106, 140 et 141 du présent Code Minier.

Art.174.- Les titulaires desdits titres miniers pourront à leur demande bénéficier des dispositions des articles 116 à 136 du présent Code minier, relatives aux régimes économique, financier, fiscal et douanier, applicables aux activités minières.

Toutefois, ce bénéfice s'entend de l'ensemble desdites dispositions.

Art.175.- La présente loi abroge toutes dispositions antérieures contraires notamment celles de l'Ordonnance n°99-032/P-RM du 19 août 1999 et ses textes d'application portant organisation de la recherche, de l'exploitation, de la possession, du transport, de la transformation et de la commercialisation des substances minérales ou fossiles et carrières, autres que les hydrocarbures liquides ou gazeux sur le territoire de la République du Mali.

Traité Fondateur de L'OHADA

OHADA

Traité OHADA modifié par le traité de Québec

Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993

[NB - Traite relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port-Louis, le 17 octobre 1993.

Modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008]

Préambule

Le Président de la République du BENIN, Le Président du BURKINA FASO, Le Président de la République du CAME-ROUN, Le Président de la République CENTRAFRICAINE, Le Président de la République Fédérale Islamique des COMORES, Le Président de la République du CONGO, Le Président de la République de CÔTE-D'IVOIRE, Le Président de la République GABONAISE, Le Président de la République de GUINEE EQUATORIALE, Le Président de la République du MALI, Le Président de la République du NIGER, Le Président de la République du SENEGAL, Le Président de la République du TCHAD, Le Président de la République TOGOLAISE, Hautes parties contractantes au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique,

- déterminés à accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine et à établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique ;réaffirmant leur engagement en faveur de l'institution d'une communauté économique africaine ;
- convaincus que l'appartenance à la zone franc, facteur de stabilité économique et monétaire, constitue un atout majeur pour la réalisation progressive de leur intégration économique et que cette intégration doit également être poursuivie dans un cadre africain plus large ;
- persuadés que la réalisation de ces objectifs suppose la mise en place dans leurs Etats d'un Droit des Affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises ;
- conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ;
- désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels ;
- décidés à accomplir en commun de nouveaux efforts en vue d'améliorer la

formation des magistrats et des auxiliaires de justice ;

Conviennent de ce qui suit :

Titre 1 - Dispositions générales

Art.1.- Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats-Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.

Art.2.- Pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après.

Art.3.- (*Québec 2008*) La réalisation des tâches prévues au présent Traité est assurée par une organisation dénommée Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

L'OHADA comprend la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, le Conseil des Ministres, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et le Secrétariat Permanent.

Le siège de l'OHADA est fixé à Yaoundé en République du Cameroun. Il peut être transféré en tout autre lieu sur décision de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement.

Art.4.- (*Québec 2008*) Des règlements pour l'application du présent Traité et des décisions seront pris, chaque fois que de besoin, par le Conseil des Ministres, à la majorité absolue.

Titre 2 - Les actes uniformes

Art.5.- Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article 1 du présent Traité sont qualifiés « actes uniformes ».

Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats-Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues.

Art.6.- Les actes uniformes sont préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les gouvernements des Etats-Parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des Ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Art.7.- (*Québec 2008*) Les projets d'Actes uniformes sont communiqués par le Secrétariat Permanent aux Gouvernements des Etats parties, qui disposent d'un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la date de la réception de cette communication pour faire parvenir au Secrétariat Permanent leurs observations écrites.

Toutefois, le délai prévu à l'alinéa premier peut être prorogé d'une durée équivalente en fonction des circonstances et de la nature du texte à adopter, à la diligence du Secrétariat Permanent.

A l'expiration de ce délai, le projet d'Acte uniforme, accompagné des observations des Etats parties et d'un rapport du Secrétariat Permanent, est immédiatement transmis pour avis par ce dernier à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. La Cour donne son avis dans un délai de soixante jours à compter de la date de la réception de la demande de consultation.

A l'expiration de ce nouveau délai, le Secrétariat Permanent met au point le texte définitif du projet d'Acte uniforme, dont il propose l'inscription à l'ordre du jour du prochain Conseil des Ministres.

Art.8.- L'adoption des actes uniformes par le Conseil des Ministres requiert l'unanimité des représentants des Etats-Parties présents et votants.

L'adoption des actes uniformes n'est valable que si les deux tiers au moins des Etats-Parties sont représentés.

L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes.

Art.9.- (*Québec 2008*) Les Actes uniformes sont publiés au Journal officiel de l'OHADA par le Secrétariat Permanent dans les soixante jours suivant leur adoption. Ils sont applicables quatre-vingt dix jours après cette publication, sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par les Actes uniformes.

Ils sont également publiés dans les Etats parties, au Journal officiel ou par tout autre moyen approprié. Cette formalité n'a aucune incidence sur l'entrée en vigueur des Actes uniformes.

Art.10.- Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.

Art.11.- Le Conseil des Ministres approuve sur proposition du Secrétaire permanent le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires.

Art.12.- (*Québec 2008*) Les Actes uniformes peuvent être modifiés, à la demande de tout Etat Partie ou du Secrétariat Permanent, après autorisation du Conseil des Ministres.

La modification intervient dans les conditions prévues par les articles 6 à 9 ci-dessus.

Titre 3 - Le contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des actes uniformes

Art.13.- Le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats-Parties.

Art.14.- (*Québec 2008*) La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions.

La Cour peut être consultée par tout Etat Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus. Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats Parties dans les mêmes contentieux.

En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond.

Art.15.- Les pourvois en cassation prévus à l'article 14 ci-dessus sont portés devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes.

Art.16.- La saisine de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. Toutefois cette règle n'affecte pas les procédures d'exécution.

Une telle procédure ne peut reprendre qu'après arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage se déclarant incompétente pour connaître de l'affaire.

Art.17.- (*Québec 2008*) L'incompétence manifeste de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut être soulevée d'office ou par toute partie au litige in limine litis.

La Cour se prononce dans les trente jours qui suivent la date de réception des observations de la partie adverse ou celle d'expiration du délai imparti pour la présentation desdites observations.

Art.18.- Toute partie qui, après avoir soulevé l'incompétence d'une juridiction nationale statuant en cassation estime que cette juridiction a, dans un litige la concernant, méconnu la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut saisir cette dernière dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée.

La Cour se prononce sur sa compétence par un arrêt qu'elle notifie tant aux parties qu'à la juridiction en cause.

Si la Cour décide que cette juridiction s'est déclarée compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue.

Art.19.- La procédure devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est fixée par un

Règlement adopté par le Conseil des Ministres dans les conditions prévues à l'article 8 ci-dessus publié au journal officiel de l'OHADA. Il est également publié au journal officiel des Etats-Parties ou par tout autre moyen approprié.

Cette procédure est contradictoire. Le ministère d'un avocat est obligatoire. L'audience est publique.

Art.20.- Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats-Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat Partie.

Titre 4 - L'arbitrage

Art.21.- En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats-Parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats-Parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance, et examine les projets de sentences, conformément à l'article 24 ci-après.

Art.22.- Le différend peut être tranché par un arbitre unique ou par trois arbitres. Dans les articles suivants, l'expression « l'arbitre » vise indifféremment le ou les arbitres.

Lorsque les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, elles peuvent le désigner d'un commun accord pour confirmation par la Cour. Faute d'entente entre les parties dans un délai de trente jours à partir de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre sera nommé par la Cour.

Lorsque trois arbitres ont été prévus, chacune des parties - dans la demande d'arbitrage ou dans la réponse à celle-ci - désigne un arbitre indépendant pour confirmation par la Cour. Si l'une des parties s'abstient, la nomination est faite par la Cour. Le troisième arbitre qui assume la présidence du tribunal arbitral est nommé par la Cour, à moins que les parties n'aient prévu que les arbitres qu'elles ont désignés devraient faire choix du troisième arbitre dans un délai déterminé. Dans ce dernier cas, il appartient à la Cour de confirmer le troisième arbitre. Si, à l'expiration du délai fixé par les parties ou imparti par la Cour, les arbitres désignés par les parties n'ont pu se mettre d'accord, le troisième arbitre est nommé par la Cour.

Si les parties n'ont pas fixé d'un commun accord le nombre des arbitres, la Cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la désignation de trois arbitres. Dans ce dernier cas, les parties disposeront d'un délai de quinze jours pour procéder à la désignation des arbitres.

Les arbitres peuvent être choisis sur la liste des arbitres établie par la Cour et mise à jour annuellement. Les membres de la Cour ne peuvent pas être inscrits sur cette liste.

En cas de récusation d'un arbitre par une partie, la Cour statue. Sa décision n'est pas susceptible de recours.

Il y a lieu à remplacement d'un arbitre lorsqu'il est décédé ou empêché, lorsqu'il doit se démettre de ses fonctions à la suite d'une récusation ou pour tout autre motif, ou lorsque la Cour, après avoir recueilli ses observations, constate qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément aux stipulations du présent titre ou du règlement d'arbitrage, ou dans les délais impartis. Dans chacun de ces cas, il est procédé conformément aux deuxième et troisième alinéas.

Art.23.- Tout tribunal d'un Etat Partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de

soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande, et renverra le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent Traité.

Art.24.- Avant de signer une sentence partielle ou définitive, l'arbitre doit en soumettre le projet à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Celle-ci ne peut proposer que des modifications de pure forme.

Art.25.- Les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat.

Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a seule compétence pour rendre une telle décision. L'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants :

- 1° si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- 2° si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 3° lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté ;
- 4° si la sentence est contraire à l'ordre public international.

Art.26.- Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est fixé par le Conseil des Ministres dans les conditions prévues à l'article 8 ci-dessus. Il est publié au Journal Officiel de l'OHADA. Il est également publié au Journal Officiel des Etats-Parties ou par tout autre moyen approprié.

Titre 5 - Les institutions

Art.27.- (*Québec 2008*) 1) La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement est composée des Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats parties. Elle est présidée par le Chef de l'Etat ou de Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des Ministres.

Elle se réunit en tant que de besoin, sur convocation de son Président, à son initiative ou à celle du tiers des Etats parties.

Elle statue sur toute question relative au Traité.

La Conférence ne délibère valablement que si les deux tiers des Etats parties sont représentés.

Les décisions de la Conférence sont prises par consensus ou, à défaut, à la majorité absolue des Etats présents.

2) Le Conseil des Ministres est composé des ministres chargés de la Justice et des Finances des Etats parties.

La présidence du Conseil des Ministres est exercée à tour de rôle et par ordre alphabétique, pour une durée d'un an, par chaque Etat Partie.

Le Président du Conseil des Ministres est assisté par le Secrétaire Permanent.

Les Etats adhérents assurent pour la première fois la présidence du Conseil des Ministres dans l'ordre de leur adhésion, après le tour des pays signataires du Traité.

Si un Etat partie ne peut exercer la présidence du Conseil des Ministres pendant l'année où elle lui revient, le Conseil désigne, pour exercer cette présidence, l'Etat venant immédiatement après, dans l'ordre prévu aux alinéas précédents.

Toutefois, l'Etat précédemment empêché qui estime être en mesure d'assurer la présidence en saisit, en temps utile, le Secrétaire Permanent, pour décision à prendre par le Conseil des Ministres.

Art.28.- Le Conseil des Ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son Président, à l'initiative de celui-ci, ou du tiers des Etats-Parties. Il ne peut valablement délibérer que si les deux tiers au moins des Etats-Parties sont représentés.

Art.29.- Le Président du Conseil des Ministres arrête l'ordre du jour du Conseil sur la proposition du Secrétaire permanent.

Art.30.- Les décisions du Conseil des Ministres autres que celles prévues à l'article 8 ci-dessus sont prises à la majorité absolue des Etats-Parties présents et votants. Chacun des Etats dispose d'une voix.

Art.31.- (*Québec 2008*) La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est composée de neuf juges.

Toutefois le Conseil des Ministres peut, compte tenu des nécessités de service et des possibilités financières, fixer un nombre de juges supérieur à celui prévu à l'alinéa précédent.

Les Juges de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sont élus pour un mandat de sept ans non renouvelable, parmi les ressortissants des Etats Parties. Ils sont choisis parmi :

- 1° les magistrats ayant acquis une expérience professionnelle d'au moins

quinze années et réunissant les conditions requises pour l'exercice dans leurs pays respectifs de hautes fonctions judiciaires ;

- 2° les avocats inscrits au Barreau de l'un des Etats parties, ayant au moins quinze années d'expérience professionnelle ;
- 3° les professeurs de droit ayant au moins quinze années d'expérience professionnelle.

Un tiers des membres de la Cour doit appartenir aux catégories visées aux points 2 et 3 de l'alinéa précédent.

La Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même Etat.

Les modalités d'application du présent article seront précisées par le règlement prévu à l'article 19 ci-dessus.

Art.32.- Les membres de la Cour sont élus au scrutin secret par le Conseil des Ministres sur une liste de personnes présentées à cet effet par les Etats-Parties. Chaque Etat Partie peut présenter deux candidats au plus.

Art.33.- Le Secrétaire permanent invite les Etats-Parties à procéder, dans un délai d'au moins quatre mois, avant les élections, à la présentation des candidats à la Cour. Le Secrétaire permanent dresse la liste alphabétique des personnes ainsi présentées et la communique un mois au moins avant les élections aux Etats-Parties.

Art.34.- Après leur élection, les membres de la Cour font la déclaration solennelle de bien et fidèlement remplir leurs fonctions en toute impartialité.

Art.35.- En cas de décès d'un membre de la Cour, le Président de la Cour en informe immédiatement le Secrétaire permanent,

qui déclare le siège vacant à partir de la date du décès.

En cas de démission d'un membre de la Cour ou si, de l'avis unanime des autres membres de la Cour, un membre a cessé de remplir ses fonctions pour toute autre cause qu'une absence de caractère temporaire, ou n'est plus en mesure de les remplir, le Président de la Cour, après avoir invité l'intéressé à présenter à la Cour ses observations orales en informe le Secrétaire Permanent, qui déclare alors le siège vacant.

Dans chacun des cas prévus ci-dessus, le Conseil des Ministres procède, dans les conditions prévues aux articles 32 et 33 ci-dessus, au remplacement du membre dont le siège est devenu vacant, pour la fraction du mandat restant à courir, sauf si cette fraction est inférieure à six mois.

Art.36.- Les membres de la Cour sont inamovibles.

Tout membre de la Cour conserve son mandat jusqu'à la date d'entrée en fonction de son successeur.

Art.37.- La Cour élit en son sein, pour une durée de trois ans et demi non renouvelable, son Président et ses deux Vice-Présidents. Les membres de la Cour dont le mandat restant à courir à la date de l'élection est inférieur à cette durée peuvent être élus pour exercer ces fonctions jusqu'à l'expiration dudit mandat. Ils peuvent être renouvelés dans ces fonctions s'ils sont élus par le Conseil des Ministres pour exercer un nouveau mandat de membre de la Cour. Aucun membre de la Cour ne peut exercer des fonctions politiques ou administratives. L'exercice de toute activité rémunérée doit être autorisé par la Cour.

Art.38.- La durée du mandat des sept juges nommés simultanément pour la constitution initiale de la Cour sera respectivement de trois ans, quatre ans, cinq ans, six ans, sept ans, huit ans et neuf ans. Elle sera déterminée pour chacun d'eux par tirage au sort effectué en Conseil des Ministres par le Président du Conseil. Le premier renouvellement de la Cour aura lieu trois ans après la constitution initiale de celle-ci.

Art.39.- (*Québec 2008*) Le Président de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage nomme le Greffier en chef de la Cour après avis de celle-ci, parmi les greffiers en chef ayant exercé leurs fonctions pendant au moins quinze ans et présentés par les Etats Parties.

Après avis de la Cour, le Président nomme également le Secrétaire Général chargé d'assister celle-ci dans l'exercice de ses attributions d'administration de l'arbitrage, selon les critères définis par un règlement du Conseil des Ministres.

Il pourvoit, sur proposition, selon les cas, du Greffier en chef ou du Secrétaire Général, aux autres emplois.

Art.40.- (*Québec 2008*) Le Secrétariat Permanent est l'organe exécutif de l'OHADA. Il est dirigé par un Secrétaire Permanent nommé par le Conseil des Ministres pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois.

Le Secrétaire Permanent représente l'OHADA. Il assiste le Conseil des Ministres.

La nomination et les attributions du Secrétaire Permanent ainsi que l'organisation et le fonctionnement du Secrétariat Permanent sont définis par un règlement du Conseil des Ministres.

Art.41.- (*Québec 2008*) Il est institué un établissement de formation, de perfectionnement et de recherche en droit des affaires dénommé Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (E.R.SU.MA.).

L'établissement est rattaché au Secrétariat Permanent.

La dénomination et l'orientation de l'établissement peuvent être changées par un règlement du Conseil des Ministres.

L'établissement est dirigé par un Directeur Général nommé par le Conseil des Ministres pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois.

L'organisation, le fonctionnement, les ressources et les prestations de l'établissement sont définis par un règlement du Conseil des Ministres.

Art.42.- (*Québec 2008*) Les langues de travail de l'OHADA sont : le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais.

Avant traduction dans les autres langues, les documents déjà publiés en français produisent tous leurs effets. En cas de divergence entre les différentes traductions, la version française fait foi.

Titre 6 - Dispositions financières

Art.43.- (*Québec 2008*) Les ressources de l'OHADA sont composées notamment :

- a) des contributions annuelles des Etats parties dont les modalités sont définies par un règlement du Conseil des Ministres ;
- b) des concours prévus par les conventions conclues par l'OHADA avec des Etats ou des organisations internationales ; c) de dons et legs.

Les contributions annuelles des Etats parties sont arrêtées par le Conseil des Ministres.

Le Conseil des Ministres approuve les conventions prévues au paragraphe b et accepte les dons et legs prévus au paragraphe c.

Art.44.- Le barème des tarifs de la procédure d'arbitrage instituée par le présent Traité ainsi que la répartition des recettes correspondantes sont approuvés par le Conseil des Ministres.

Art.45.- (*Québec 2008*) Le budget annuel de l'OHADA est adopté par le Conseil des Ministres.

Les comptes de l'exercice clos sont certifiés par des commissaires aux comptes désignés par le Conseil des Ministres. Ils sont approuvés par le Conseil des Ministres.

Titre 7 - Statut, immunités et privilèges

Art.46.- L'OHADA a la pleine personnalité juridique internationale. Elle a en particulier la capacité :

- a) de contracter ;
- b) d'acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer ;
- c) d'ester en justice.

Art.47.- Afin de pouvoir remplir ses fonctions, l'OHADA jouit sur le territoire de chaque Etat Partie des immunités et privilèges prévus au présent titre.

Art.48.- L'OHADA, ses biens et ses avoirs ne peuvent faire l'objet d'aucune action judiciaire, sauf si elle renonce à cette immunité.

Art.49.- (*Québec 2008*) Dans les conditions déterminées par un Règlement, les fonctionnaires et employés de l'OHADA, les juges de la Cour commune de justice et d'arbitrage ainsi que les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques.

Les immunités et privilèges mentionnés ci-dessus peuvent être, selon les circonstances, levés par le Conseil des Ministres.

En outre, les juges ne peuvent être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la Cour.

Art.50.- Les archives de l'OHADA sont inviolables où qu'elles se trouvent.

Art.51.- L'OHADA, ses avoirs, ses biens et ses revenus ainsi que les opérations autorisées par le présent Traité sont exonérés de tous impôts, taxes et droits de douane. L'OHADA est également exempte de toute obligation relative au recouvrement ou au paiement d'impôts, de taxes ou de droits de douane.

Titre 8 - Clauses protocolaires

Art.52.- Le présent Traité est soumis à la ratification des Etats signataires conformément à leurs procédures constitutionnelles.

Le présent Traité entrera en vigueur soixante jours après la date du dépôt du septième instrument de ratification. Toutefois, si la date de dépôt du septième instrument de ratification est antérieure au cent quatre-vingtième jour qui suit le jour de la signature du Traité, le Traité entrera en vigueur le deux cent quarantième jour suivant la date de sa signature.

A l'égard de tout Etat signataire déposant ultérieurement son instrument de ratification, le Traité et les actes uniformes adoptés avant la ratification entreront en vigueur soixante jours après la date dudit dépôt.

Art.53.- Le présent Traité est, dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout Etat membre de l'OUA et non signataire du Traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre Etat non membre de l'OUA invité à y adhérer du commun accord de tous les Etats-Parties.

A l'égard de tout Etat adhérent, le présent Traité et les actes uniformes adoptés avant l'adhésion entreront en vigueur soixante jours après la date du dépôt de l'instrument d'adhésion.

Art.54.- Aucune réserve n'est admise au présent Traité.

Art.55.- Dès l'entrée en vigueur du Traité, les institutions communes prévues aux articles 27 à 41 ci-dessus seront mises en place. Les Etats signataires du Traité ne l'ayant pas encore ratifié pourront en outre siéger au Conseil des Ministres en qualité d'observateurs sans droit de vote.

Art.56.- Tout différend qui pourrait surgir entre les Etats-Parties quant à l'interprétation ou à l'application du présent Traité et qui ne serait pas résolu à l'amiable peut être porté par un Etat Partie devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner un juge ad hoc pour siéger dans l'affaire. Ce dernier devra remplir les conditions fixées à l'article 31 ci-dessus.

Art.57.- (*Québec 2008*) Les instruments de ratification et les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Gouvernement du Sénégal qui sera le Gouvernement dépositaire. Copie en sera délivrée au Secrétariat Permanent par ce dernier.

Art.58.- Tout Etat ratifiant le présent Traité ou y adhérant postérieurement à l'entrée en

vigueur d'un amendement au présent Traité devient par là-même partie au Traité tel qu'amendé. Le Conseil des Ministres ajoute le nom de l'Etat adhérent sur la liste prévue avant le nom de l'Etat qui assure la présidence du Conseil des Ministres à la date de l'adhésion.

Art.59.- (*Québec 2008*) Le Gouvernement dépositaire enregistrera le Traité auprès de l'Union Africaine et auprès de l'Organisation des Nations Unies conformément à l'article 102 de la charte des Nations-Unies.

Une copie du Traité enregistré sera délivrée au Secrétariat Permanent par le Gouvernement dépositaire.

Art.60.- Le gouvernement dépositaire avisera sans délai tous les Etats signataires ou adhérents :

- a) des dates de signature ;
- b) des dates d'enregistrement du Traité ;
- c) des dates de dépôt des instruments de ratification et d'adhésion ; d) de la date d'entrée en vigueur du Traité.

Titre 9 - Révision et dénonciation

Art.61.- (*Québec 2008*) Le Traité peut être amendé ou révisé si un Etat partie envoie, à cet effet, une demande écrite au Secrétariat Permanent de l'OHADA qui en saisit le Conseil des Ministres.

Le Conseil des Ministres apprécie l'objet de la demande et l'étendue de la modification.

L'amendement ou la révision doit être adopté dans les mêmes formes que le Traité à la diligence du Conseil des Ministres.

Art.62.- Le présent Traité a une durée illimitée. Il ne peut, en tout état de cause, être dénoncé avant dix années à partir de la date de son entrée en vigueur. Toute dénonciation du présent Traité doit être notifiée au gouvernement dépositaire et ne produira d'effet qu'une année après la date de cette notification.

Art.63.- (*Québec 2008*) Le Traité, rédigé en deux exemplaires en langues française, anglaise, espagnole et portugaise, sera déposé dans les archives du Gouvernement de la République du Sénégal qui remettra une copie certifiée conforme à chacun des Etats parties.

[NB - Les dispositions modificatives du Traité de Québec entrent en vigueur soixante jours après la date du dépôt du huitième instrument de ratification.]

Dates de ratification et d'entrée en vigueur du Traité

(Source : Ohada.com)

Etat partie	Ratification / Adhé- sion	Dépôt instrument de ratification	Entrée en vigueur
Bénin	8 mars 1995	10 mars 1995	18 septembre 1995
Burkina Faso	6 mars 1995	16 avril 1995	18 septembre 1995
Cameroun	20 octobre 1995	4 octobre 1996	3 décembre 1996
Centrafrique	13 janvier 1995	13 janvier 1995	18 septembre 1995
Comores	20 février 1995	10 avril 1995	18 septembre 1995
Congo	28 mai 1997	18 mai 1999	17 juillet 1999
Côte d'Ivoire	29 septembre 1995	13 décembre 1995	11 février 1996
Gabon	2 février 1998	4 février 1998	5 avril 1998
Guinée	5 mai 2000	22 septembre 2000	21 novembre 2000
Guinée Bissau	15 janvier 1994	26 décembre 1995	20 février 1996
Guinée Equatoriale	16 avril 1999	15 juin 1999	13 août 1999
Mali	7 février 1995	23 mars 1995	18 septembre 1995
Niger	5 juin 1995	18 juillet 1995	18 septembre 1995
Sénégal	14 juin 1994	14 juin 1994	18 septembre 1995
Tchad	13 avril 1996	3 mai 1996	2 juillet 1996
Togo	27 octobre 1995	20 novembre 1995	19 janvier 1996

