

Université Paris II Panthéon-Assas

I.H.E.I

Institut des Hautes Études Internationales

LA RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES
TRANSNATIONALES EN MATIÈRE DES DROITS DE
L'HOMME DANS LES PAYS EN DEVELOPPEMENT :

Le domaine minier en Afrique de l'Ouest.

Mémoire de recherche présenté en vue de l'obtention du

Certificat de recherche approfondie

Par

Jana Todorovic

Sous la direction de

Monsieur Philippe Gout

2019-2020

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier chaleureusement tous ceux qui m'ont soutenue et guidée sur ce chemin.

Je remercie également Madame la Professeure Pascale Martin-Bidou pour avoir accepté de participer au jury.

Mes remerciements les plus sincères vont à Monsieur le Docteur Philippe Gout, directeur de ce mémoire

SOMMAIRE

Liste des abréviations

Introduction

PARTIE I

Les obstacles à la responsabilisation des STN

Chapitre 1. Les normes et le cadre juridique international favorables aux STN

Section 1. Un cadre juridique ne reconnaissant pas les STN comme sujets de droit international

Section 2. Les domaines juridiques connexes protecteurs des STN : le droit international économique

Chapitre 2. Le contexte défavorable à la protection de l'État

Section 1. Les multiples rôles de l'État

Section 2. L'État enfermé dans un système de contentieux créé contre lui

PARTIE II

Les solutions existantes et prospectives de la responsabilisation des STN

Chapitre 1. Les solutions sur le territoire national des pays d'accueil

Section 1. Le renforcement juridique et contractuel face aux STN

Section 2. La réaffirmation de l'État hôte face aux STN dans le cadre du contentieux

Chapitre 2. L'action à distance dans la sphère internationale, transnationale ou dans les droits des pays d'immatriculations

Section 1. L'accroissement de l'effectivité des normes supranationales

Section 2. Les normes visant la responsabilisation des États d'immatriculation

Conclusion

Bibliographie

Table des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AGNU	Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unis
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
BIT	Bureau international de travail
BM / GBM	Banque mondiale / Groupe de la Banque mondiale
CA	Conseil d'administration
CCJA	Cour Commune de Justice et de l'Arbitrage de l'OHADA.
CDI	Commission de droit international
CEDEAO	Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH	Convention sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CETIM	Centre Europe – Tiers Monde
ChADHP	Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CIT	Conférence internationale de travail
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
Commission ADHP	Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples
Cour ADHP	Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples
COP	Communication on Progress
CPAI	Code panafricain des investissements
ENM	Entreprises multinationales
ERA	Entente sur les répercussions et les attentes
FIDH	Fédération internationale des droits de l'Homme
FMI	Fond monétaire international
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme
IDE	Investissement direct étranger
INDH	Institutions nationales des droits de l'Homme
ISO	Organisation internationale de normalisation
KNCHR	Kenya National Commission on Human Rights
MOSOP	Mouvement pour la Survie du Peuple Ogoni
NNPC	National Petroleum Company
NEPAD	Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique

OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODD	Objectif développement durable
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OIT	Organisation internationale de travail
OMC	Organisation mondiale de commerce
ONG	Organisation non-gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unis
ORD	Organe de règlement de différends
OUA	Organisation de l'unité africaine
PCN	Points de Contact Nationaux
PED	Pays en développement
PIB	Produit intérieur brut
PMA	Pays les moins avancés
PNUD	Programme des Nations unies pour le développement
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RSE	Responsabilité sociétale des entreprises
SAHRC	South African Human Rights Commission
SAIFAC	South African Institute for Advanced Constitutional, Public, Human Rights and International Law
SPDC	Shell Petroleum Development Corporation
STN	Société transnationale
TA	Tribunal arbitral
TBI	Traité bilatéral d'investissement
UA	Union africaine
UE	Union européenne
UEMOA	Union économique et monétaire ouest-africaine est une organisation ouest-africaine
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNRISD	United Nations Research Institute for Social Development
ZES	Zones économiques spéciales
ZLECA	Zone de libre-échange continentale africaine

INTRODUCTION

Comme le confirme la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, la recherche de la responsabilité des sociétés transnationales se base sur *“la conviction que la justice sociale est essentielle pour assurer une paix universelle et durable”*¹.

Cette assertion, qui peut paraître idéaliste à bien des égards, s'illustre parfaitement par le cas Ogoni impliquant l'entreprise Shell au Nigéria. En l'occurrence, une communication a été introduite auprès de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (ci-après la Commission) contre l'État nigérian², actionnaire majoritaire dans une filiale nigériane de l'entreprise néerlandaise Shell³. Le consortium a été accusé d'avoir causé *“de graves dommages à l'environnement et des problèmes de santé parmi la population Ogoni du fait de la contamination de l'environnement”*⁴. Par la suite, le gouvernement nigérian a été accusé d'avoir *“facilité et fermé les yeux sur ces violations en mettant les pouvoirs judiciaires et militaires de l'État à la disposition des compagnies pétrolière”*⁵. Un mouvement de protestation⁶ s'est formé et a mené une campagne non-violente en réponse à la persistance des activités néfastes de la filiale de la multinationale néerlandaise avec la complicité de l'État. Afin d'assurer la protection du forage pétrolier, de son investissement, et de ses profits, le gouvernement a mis ses forces

¹ OIT, Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, Adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa 86ème Session, Genève, 18 juin 1998 (Annexe révisée le 15 juin 2010)

² Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, *affaire Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, Communication 155/96, 30e Session Ordinaire, Banjul, Gambie, 13 octobre 2001.

³ Le gouvernement nigérian a participé par le biais d'une Société d'État, la National Petroleum Company (NNPC) dans un consortium avec Shell Petroleum Development Corporation (SPDC).

⁴ Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, *affaire Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, §1

De plus, *“[l]a communication allègue aussi que le consortium pétrolier a exploité les réserves de l'Ogoni sans tenir compte de la santé ou de l'environnement des collectivités locales, déversant les déchets toxiques dans l'air et dans les voies d'eau locales, en violation des règles internationales applicables en matière d'environnement. Le consortium a également négligé et/ou n'a pas pu entretenir ses infrastructures, ce qui a causé beaucoup d'accidents prévisibles à proximité des villages”*. Ibid. §2

⁵ Ibid. §3

⁶ Mouvement pour la Survie du Peuple Ogoni (MOSOP).

militaires à la disposition de la société transnationale (STN). Les forces de sécurité nigériane sont accusées dans le communiqué d'avoir “*attaqué, brûlé et détruit plusieurs villages et maisons des Ogonis*”, conduisant au déplacement de milliers de civils. La Commission africaine a reconnu le Nigéria responsable de la violation de multiples articles de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Toutefois, depuis cette décision “[i]l semble que peu ait été fait ... [pour] lutter contre la pollution de l'environnement du territoire Ogoni ou pour dédommager les communautés affectées”⁷. De plus, le consortium continue ses activités sur le territoire nigérian, certes sous un autre nom, mais toujours de manière aussi obscure quant au traitement des populations locales.

En dehors du dénouement tragique et sanglant de cette affaire, le traitement des droits de l'Homme en particulier en matière sociale, revêt une importance capitale dans le contexte du développement rapide et exponentiel des investissements étrangers en Afrique.

Les entreprises transnationales sont définies par l'UNESCO⁸ comme étant “*dirigées et possédées par des personnes de nationalités différentes et ne sont donc pas dominées par des considérations dictées exclusivement par l'intérêt du pays d'origine. (...) [Leur] but est de réaliser des bénéfices globaux sans tenir compte de considérations nationales*” Ainsi, comme toute entreprise, les STN privilégient leurs intérêts économiques plutôt que toute autre considération qui leur serait externe. Les sociétés transnationales⁹ sont des personnes de droit

⁷ Rapport FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'Homme : Un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs*, version actualisée de 2012, pp. 126-156, p.136

⁸ B. N. MCLENNAN, *Effets des sociétés transnationales sur les pays en développement : Examen sélectif de la documentation existante et bibliographie annotée dans les domaines de l'éducation, de la science et de la culture, et Rapport sur les politiques de recherche et de formation scientifique et technique des sociétés transnationales et multinationales*, UNESCO, 1977

⁹ La Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale (Déclaration tripartite ou Déclaration EMN) de l'Organisation internationale de travail (OIT) adopte une interprétation large de la société transnationale, afin d'opposer ses principes fondamentaux de travail au plus grand nombre d'entreprises possibles. Selon la Déclaration tripartite, les STN comprennent “*les entreprises – qu'elles soient entièrement ou partiellement détenues par l'État ou qu'elles soient privées – qui possèdent ou contrôlent des moyens de production ou de distribution, des services ou d'autres moyens en dehors du pays où elles ont leur siège. Elles peuvent être de grande ou de petite taille et avoir leur siège dans une quelconque partie du monde. Le degré d'autonomie de chaque entité par rapport aux autres au sein des entreprises multinationales est très variable d'une entreprise à l'autre, selon la nature des liens qui unissent ces entités et leur domaine d'activité et compte tenu de la grande diversité qui caractérise les entreprises concernées du point de vue des formes de propriété, de la taille, de la nature des activités et du lieu d'implantation.*”

Bureau international de Travail (BIT), Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, Genève, 5ème édition, 2017, §6

interne, indépendamment du caractère privé, public ou mixte du droit dont elles relèvent, ayant *“une implantation territoriale multiple¹⁰ mais avec un centre unique pour les décisions stratégiques”*¹¹. Ainsi, les STN peuvent *“segmenter leurs activités entre divers territoires, avec filières de fait ou de droit et/ou avec des fournisseurs, des sous- traitants et des preneurs de licences”*¹². Par la suite, nous allons nous référer à toutes les entités composant une STN, la société mère, les entités locales ou l’ensemble.

Il faut tout d’abord distinguer la responsabilité des sociétés transnationales de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE).

Cette dernière n’est qu’une composante de la véritable et complexe responsabilisation des STN que nous recherchons. La RSE peut être définie comme étant, selon la norme ISO 26000¹³ la *“responsabilité d’une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et de ses activités sur la société et sur l’environnement, se traduisant par un comportement transparent et éthique 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 et est compatible avec les normes internationales et est intégré dans l’ensemble de l’organisation et mis en œuvre dans ses*

¹⁰ En effet, “[c]es sociétés peuvent élire domicile dans un ou plusieurs pays : dans celui du siège réel de l’entité mère, dans celui du siège des principales activités et/ou dans le pays où la société a été enregistrée”.

CETIM, Propositions d’amendements au projet de normes sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises, Genève, juillet 2003, cité par M. ÖZDEN, «État des lieux et enjeux des débats à l’ONU à propos des “Normes sur la responsabilité en matière de droits de l’Homme des sociétés transnationales et autres entreprises”», *Collection du Programme Droits Humains du Centre Europe - Tiers Monde (CETIM)*, Genève, novembre 2005, p.7

¹¹ *Ibid.* p.7

¹² *Ibid.* p.7

¹³ La norme ISO 26000 est un instrument non contraignant servant de modèle pour les STN qui veulent adopter dans leurs activités des mesures dans le cadre de la responsabilité sociétale des entreprises. La norme ISO 26000 repose sur sept principes : la redevabilité de l’organisation à l’égard de la société, la transparence, un comportement éthique, la reconnaissance de l’intérêt des parties prenantes, le respect de la légalité, le respect des normes internationales de comportement et le respect des droits de l’Homme. Selon la norme ISO ceci sous-entend la reconnaissance par la STN de l’importance et de l’universalité des droits de l’Homme. La STN sont censées respecter *“chaque fois que possible”* de manière positive, donc prendre des mesures pour respecter les droits de l’Homme, et de manière négative, donc s’abstenir de les violer. La norme ISO 26000 fait directement référence aux droits énoncé dans la Déclaration universelle des droits de l’Homme. Ainsi, les STN signataires devraient reconnaître l’universalité donc l’applicabilité indivisible de ces droits, dans tout ordre juridique, indépendamment de l’existence d’instruments contraignants protégeant les droits en question.

relations”¹⁴. D’autres définitions ont été proposée par l’Organisation internationale du travail (OIT)¹⁵ et par son Conseil d’administration du Bureau international du travail (BIT)¹⁶ se focalisant sur la gestion par les STN elles-mêmes des effets de leurs activités.

Enfin, tout simplement, la responsabilité sociétale des entreprises comprend les normes d’autorégulation adoptées par les STN de manière volontaire.

La responsabilité que nous recherchons est plus compréhensive, et ne se limite pas uniquement à la RSE. La recherche de la responsabilité ou même de la responsabilisation des STN comprend la recherche des règles primaires des droits de l’Homme qui pourraient être opposables aux STN, et des règles secondaires qui pourraient être employées en cas de violation de ces règles primaires.

L’Organisation des Nations Unies (ONU) définit les droits de l’Homme en tant que *“droits inaliénables de tous les êtres humains, sans distinction aucune, notamment de race, de sexe, de nationalité, d’origine ethnique, de langue, de religion ou de toute autre situation”*¹⁷.

La Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, précise dans son préambule qu’afin *“d’assurer le lien entre progrès social et croissance économique, la garantie des principes et des droits fondamentaux au travail revêt une importance et une signification particulières en donnant aux intéressés eux-mêmes la possibilité de revendiquer librement et avec des chances égales leur juste participation aux richesses qu’ils ont contribué à créer, ainsi que de réaliser pleinement leur potentiel humain”*¹⁸. Ainsi, la Déclaration de l’OIT de 1998, consacre quatre catégories de droits estimés fondamentaux et nécessaires afin de garantir un travail digne et décent. Il s’agit de la liberté d’association et la

¹⁴ Norme ISO 26000, cité par I. CADET, « Chapitre 2. La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une norme éthique ? », Joan Le Goff éd., *Puissances de la norme. Défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains*, EMS Editions, 2017, pp. 31-51.

¹⁵ L’OIT conçoit la RSE *“comme une question de régulation sociale faisant intervenir, derrière l’institution que constitue l’entreprise, des acteurs sociaux en conflit”*.

¹⁶ En effet, la RSE traduit 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 leurs relations avec d’autres acteurs”*. Conseil d’administration du Bureau international du travail, en sa 295e session (mars 2006)

¹⁷ Site web des Nations Unies, <<http://www.un.org/fr/sections/issues-depth/human-rights/index.html>>

¹⁸ OIT, Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa 86ème Session, Genève, 18 juin 1998mAnnexe révisée le 15 juin 2010

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 profession¹⁹. Ces droits estimés universels devraient s'appliquer à tous les peuples et tous les États, indépendamment de leur niveau de développement économique.

Le domaine minier, exemple phare de la problématique de la responsabilisation des STN

Le terme “minier” réunit souvent deux domaines extractifs : le domaine pétrolier et le domaine minier au sens strict. Même s'ils peuvent sembler similaires et peuvent être encadrés par des codes uniques²⁰, ils se distinguent par les techniques et les modalités de travail requises ainsi que par les modalités juridiques et économiques qui les encadrent. Le domaine de l'extraction des minerais, au sens strict, est un secteur particulièrement important d'un point de vue économique dans le monde entier, et tout particulièrement en Afrique de l'Ouest²¹. Du fait de sa contribution à la croissance économique, l'industrie extractive provoque une augmentation corrélative des PIB nationaux.

Toutefois, les inégalités sociales et économiques continuent de se creuser. Ainsi, cette activité est caractérisée par des réalités dures et sévères et des conditions particulièrement dangereuses pour les travailleurs. La négligence des standards de sécurité et des protections garantissant un travail digne aux travailleurs peuvent facilement causer des accidents mettant en

¹⁹ Ces quatre catégories sont exprimées à travers les droits et les obligations contenues dans huit conventions fondamentales de l'OIT. Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949 Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957 Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973 Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999 Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951 Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958.

²⁰ P. ex. le code minier de la République de Burundi contient des dispositions intéressant les deux domaines, miniers et pétrolier. Décret-loi n° 1/138 du 17 juillet 1976 portant code minier et pétrolier de la République du Burundi

²¹ *Infra*, p.78, en particulier note 288

danger la vie et la santé des mineurs²². Ainsi, avec l'évolution des techniques et outils miniers les conditions de sécurité peuvent être améliorées, et les accidents prévenus, en particulier dans le cadre de l'extraction industrielle. Toutefois, de nouvelles maladies et de nouveaux risques apparaissent pour la santé des mineurs, leurs familles, et les populations locales²³, surtout avec les méthodes utilisées dans les procédés d'extraction artisanaux comme l'orpaillage.

En effet, l'activité extractive peut être artisanale ou industrielle, en fonction de l'entité, particulier ou entreprise, qui l'exploite et en fonction des outils, traditionnels ou mécanisés, que ce dernier utilise²⁴. Ainsi, l'activité peut être d'un côté « sauvage » ou illégale, et de l'autre « encadrée » ou légale, dépendant de l'acquisition d'une autorisation ou d'un permis d'exploration et d'exploitation obtenus auprès de l'État²⁵. S'agissant des sociétés transnationales, leur activité minière se présente sous forme industrielle, et encadrée²⁶.

Deux phénomènes importants doivent être mentionnés pour caractériser la dynamique et les rôles changeants entre l'État et les STN ainsi que pour préciser l'évolution du cadre juridique minier. D'une part, la globalisation a opéré de profondes transformations dans l'industrie minière depuis les années 1980. Ces transformations incluent le développement d'innovations technologiques majeures et la création de marchés globaux de capitaux. D'autre part, depuis la décolonisation, l'évolution du droit miner en Afrique peut être globalement regroupée en trois phases, une phase de nationalisation avec la création et la prospérité des sociétés d'État, l'élargissement de ces sociétés et de leurs actions sur la scène internationale, une seconde phase caractérisée par un recul progressif de la part de l'État dans les entreprises pour arriver

²² Nous pouvons citer l'exemple de l'accident minier de Copiapó, au Chili, lors duquel 33 mineurs se sont retrouvés bloqués à 700m de profondeur dans la mine pendant 69 jours. H.TOBAR, *Deep Down Dark: The Untold Stories of 33 Men Buried in a Chilean Mine, and the Miracle That Set Them Free*, Picador, 2014
L'accident pour lequel aucun responsable, de l'entreprise minière ni de la mine, n'ont été poursuivis pénalement. Cf. <<https://www.theguardian.com/world/2013/aug/02/rescued-chile-miners-dismay-owners-no-charges>>

²³ A. VERGARA, « Légiférer sur les maladies professionnelles au Chili au XX^e siècle : les mineurs du cuivre entre l'État et le patronat » In: *Santé et travail à la mine: xix^e-xxi^e siècle*, Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2014, <<http://books.openedition.org/septentrion/1808>>

²⁴ Article 1 du Code minier de Côte d'Ivoire. Loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier

²⁵ Entre ces différentes terminologies, les méthodes d'extraction ne changent pas. Ce qui les distingue, c'est leur encadrement juridique et leur valeur légale, ainsi que la personne morale ou physique qui perçoit des profits.

²⁶ Cependant, il faut noter, que les STN peuvent employer les mineurs locaux, dont l'activité pouvait être caractérisée, avant l'arrivée des industries minières, comme artisanale.

finalement à une phase de privatisation²⁷.

Sur le versant politique, la globalisation et la privatisation marquent une perte de pouvoir de l'État et le transfert de ce même pouvoir aux multinationales et aux institutions financières comme le Fonds Monétaire International (FMI) ou la Banque Mondiale (BM). Or, le retrait de l'État présente de risques pour les droits fondamentaux qui se trouvent privés de leur garant traditionnel.

De plus, un rapport précise à juste titre que : “[s]ans gouvernance solide pour gérer l'exploitation des ressources naturelles, les industries extractives ont dépouillé l'Afrique non seulement de son capital naturel, mais aussi de sa richesse publique”²⁸. Dès lors, le rôle de l'État semble prépondérant. Il est le seul qui se préoccupe de l'intérêt général, et le seul en mesure d'imposer un régime de « *gouvernance solide* » exploitant les richesses et ressources primaires africaines de manière responsable et durable, ainsi qu'en respectant non seulement les droits fondamentaux des travailleurs dans les mines, mais aussi ceux des populations locales, qui sont « *propriétaires* » de leurs ressources naturelles²⁹.

La responsabilisation des STN face à la pluralité dimensionnelle des enjeux juridiques

La particulière difficulté de l'encadrement de l'activité des entreprises transnationales vient tout d'abord du caractère élitif et protégé des STN. En effet, ces dernières ont “*été érigées au rang d' « agents privilégiés du développement » par les promoteurs de la mondialisation néolibérale*” soit le Fonds monétaire international, la Banque Mondiale et l'Organisation mondiale de commerce (OMC)³⁰. Ce positionnement privilégié fait que ces organismes privés

²⁷ B. CAMPBELL, M. LAFORCE, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective », *Recherches amérindiennes au Québec*, 40 (3), 2010, pp. 69–84, <<https://doi.org/10.7202/1009370ar>>

²⁸ Rapport de la Coalition pour les droits humains dans le développement, « Développement et investissement en Afrique », octobre 2017 <<https://rightsinddevelopment.org/corporate-accountability-and-development-in-africa/>>

²⁹ L'article 21 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : “1. *Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé.*”

³⁰ M. ÖZDEN, « État des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des “Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises” », *op.cit.* p. 3

peuvent devenir aussi voire plus puissants que certains États souverains³¹. Ainsi, le caractère transnational de leurs activités, ainsi que leur organigramme leur permettent d'échapper aux lois et réglementations nationales et internationales qu'elles considèrent comme défavorables à leurs intérêts ou trop coûteuse.

D'un autre côté, l'enjeu de la régulation n'est pas entièrement dû à l'absence de volonté politique ou à des intérêts économiques contradictoires. Cette difficulté se rapporte à un cadre juridique particulièrement complexe touchant le droit international public, économique et les droits de l'Homme. L'absence d'obligations contraignantes et de sanctions effectives relatives à la responsabilisation des sociétés transnationales est en premier lieu liée à l'encadrement de la personnalité juridique en droit international public. Selon le Vocabulaire juridique³² le « sujet de droit » d'un ordre juridique est titulaire d'un droit et d'une obligation reconnus par cet ordre³³. Dans ce sens, les sociétés transnationales sont des personnes morales de droit privé, des sujets de droit interne. Les seules normes contraignantes par nature à leur égard sont les règles nationales.

Il peut être soutenu que les personnes privées de droit interne ne peuvent pas être considérées comme des sujets de droit international car elles ne peuvent pas avoir à leur charge des droits et des obligations dans la sphère internationale³⁴. D'un autre côté, la personnalité juridique peut être déterminée en dehors de la capacité. Selon la Cour internationale de Justice le sujet de droit international est déterminé selon la "*capacité d'être titulaire de droits et devoirs*

³¹ À travers la démonstration de M. Peter Utting, nous pouvons voir la comparaison entre les chiffres d'affaires d'un échantillon d'entreprises transnationales et des produit intérieur brut (PIB) de certains États, du Nord comme du Sud. Les recettes des STN sont parfois équivalentes voire supérieures aux PIB de nombreux pays. Ainsi, dans les années 2000, les recettes communes des cinq STN les plus riches étaient supérieures au PIB des 100 pays les plus pauvres réunis. P. UTTING, 2000 d'après Fortune, 1999 et la Banque mondiale, 1999b, in *Mains visibles: assumer la responsabilité du développement social*, UNRISD, Genève 2000, cité par *Ibid.* p. 6

³² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e édition mise à jour 2011, Puf, p. 989

³³ Selon M. le Pr. Jean Combacau, "*dire d'un individu ou d'un être collectif qu'il reçoit d'un ordre juridique la qualité de la personne ou de sujet c'est, et c'est seulement, affirmer que cet ordre se tient pour apte à le doter de droits et d'obligations*". J. COMBACAU, Chapitre VI Les sujets internes en droit international, dans J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, LGDJ, 12e édition, 2016, p.318

³⁴ Selon certains auteurs, tel que M. le Pr. Denis Alland, aux yeux du droit international, la personnalité juridique internationale est conditionnée par la capacité du sujet de conclure les traités et de participer activement et directement dans le processus d'élaboration des règles internationales. Si la capacité de changer l'ordonnement juridique international conditionne la personnalité juridique internationale, les individus ou les groupes d'individus ne sont pas des sujets de droit international. Les personnes privées de droit interne ne participent que très indirectement à la création des normes internationales et n'ont nullement la capacité de par leur comportement de créer la coutume ou des principes généraux de droit international.
D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, Puf, 4e édition, 2017, §56 et 63

*internationaux et [la] capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale*³⁵.

Avec l'évolution du droit international et particulièrement du droit international économique contemporain, on voit progressivement apparaître l'acquisition de droits issus des normes internationales par des sujets n'appartenant pas à l'ordre international³⁶, mais traités comme objets de droit international. De plus, les traités bilatéraux d'investissement (TBI) consacrent l'idée qu'un particulier dispose non seulement des droits et des protections internationales mais aussi du pouvoir de réclamer le respect de ces normes créées entre États³⁷.

Concernant les sanctions, les sujets de droit interne ne peuvent pas répondre de leur responsabilité pour fait internationalement illicite. La seule responsabilité qui peut être recherchée se situe sur le plan national. Si celle-ci est civile elle "*résulte de l'ordre juridique national auquel les faits dommageables sont rattachés*"³⁸. Les instruments internationaux peuvent encadrer ces régimes de responsabilité, à l'image des conventions en matière environnementale³⁹. Toutefois, la responsabilité reste de droit interne et ces régimes sont conditionnés par la transposition desdits instruments et de leur application par l'État dans son droit interne⁴⁰.

³⁵ CIJ, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unis*, avis 11 avril 1949, p. 179

³⁶ Ceci résulte de la volonté de l'État d'encadrer les questions relatives aux sujets internes et de leurs reconnaître des droits et/ou des obligations, "*par les dispositions formellement interétatiques mais substantiellement transnationales*". J. COMBACAU, Chapitre VI Les sujets internes en droit international, *op.cit.*, p.317

L'exemple parfait sont les conventions portant protection des droits de l'Homme, comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur en 1953.

³⁷ Sur la question de l'existence de l'aptitude d'un traité à créer des normes au profit d'un particulier la CPIJ dans son affaire des Tribunaux de Dantzig de 1928 retient qu'un accord international ne crée des droits et des obligations qu'entre les États parties. Les particuliers peuvent en être l'objet, mais ils n'en sont pas les sujets. La CPIJ, affirme également que par exception à ce principe, l'intention exprimée par les États peut créer directement des droits et des obligations reconnus aux particuliers. CPIJ, *affaire de la Compétence des tribunaux de Dantzig*, avis 3 mars 1928, Sér. B, n 15, p.17-18.

En 1967, un modèle de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) de convention bilatérale d'investissement repose sur l'idée de rendre le particulier titulaire non seulement de droits substantiels mais aussi d'une aptitude procédurale : d'attirer l'État partie en arbitrage.

³⁸ J. COMBACAU, Chapitre VI Les sujets internes en droit international, *op.cit.*, p.324

³⁹ P.ex. la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1961 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

⁴⁰ J. COMBACAU, Chapitre VI Les sujets internes en droit international, *op.cit.*, p.324

Enfin, indépendamment de la personnalité juridique internationale, en absence de capacité⁴¹, les seules normes de droit internationales qui peuvent avoir pour objet des personnes privées sont celles émises par les sujets traditionnels de droit international, les États et les organisations internationales⁴². L'étendue des droits et des obligations qui sont reconnus à ces objets dépend de la volonté des parties émettrices et signataires de la norme. En théorie, ces dernières pourraient prévoir les obligations, ainsi que les règles secondaires relatives à la responsabilité en cas de violations de ces obligations. Toutefois, elles ne le font que très rarement, de manière très limitée et depuis peu⁴³.

La responsabilisation des STN face aux enjeux politiques et économiques

D'un autre côté, l'ineffectivité de ces moyens est intrinsèquement liée au fait que les buts du droit international des investissements et du droit commercial international semblent contraires à la nécessité de donner une véritable priorité à la protection des droits de l'Homme dans les pays en développement, et de renforcer le contrôle sur les pratiques des entreprises multinationales.

Les finalités principales du droit international économique ont été et restent toujours la promotion, l'encouragement et la facilitation du commerce international. Son objectif principal est de soutenir la politique générale de réduction et d'élimination des mesures protectionnistes nationales, ou de tout obstacle opposé aux échanges. Traditionnellement, les États n'ont que peu d'espace pour imposer leurs règles protectrices d'intérêt général si celles-ci contredisent ou s'opposent aux intérêts économiques des investisseurs étrangers⁴⁴, ou aux règles de l'OMC⁴⁵. Par

⁴¹ Au sens des propos de M. le Pr. Denis Alland, un "sujet de droit interne isolé ou un groupe de personnes privées ne sauraient élaborer des règles de droit internationales (sauf à y contribuer de façon très indirecte)..."
D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, *op.cit.* § 63

⁴² Une organisation internationale peut avoir la capacité d'émettre des normes ayant pour objet des individus ou des personnes privées morales, mais uniquement en fonction et dans la limite de ce qui est reconnu comme compétence.
Ibid. §59

⁴³ Nous allons analyser plus loin l'apparition d'une nouvelle génération d'instruments visant à responsabiliser de manière limitée les STN.

⁴⁴ Les exemples sont nombreux, nous en citerons quelques-uns, CIRDI, *affaire SPP c. Egypte*, n. ARB/84/3, sentence 20 mai 1992; Tribunal de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), *affaire Philip Morris Asia Limited c. le gouvernement du Commonwealth d'Australie*, n° 2012-12, décembre 2015

⁴⁵ Le droit de l'OMC prescrit une limitation des considérations protectrices de l'environnement aux seules qui ne peuvent aucunement être assimilables aux mesures protectionnistes déguisées.

définition, les considérations relatives aux droits de l'Homme et à l'environnement peuvent faire obstacle à ces échanges et ralentir l'expansion économique.

Le droit international des investissements est centré autour de la protection de l'investisseur car reposant sur la croyance qu'une personne privée étrangère serait toujours plus faible et inférieure à un État souverain⁴⁶. Le régime protecteur des investissements étrangers a été renforcé et justifié pendant longtemps par le contexte historique et politique post-décolonisation. Les pays nouvellement indépendants sous la pression de difficultés économiques, politiques et sociales croissantes abandonnent *“les théories étatistes et marxisantes des années 1970, alors en vogue, pour se rallier à la fin des années 1980 au libéralisme dominant visant à déréguler les flux mondiaux d'investissements”*⁴⁷. Ces États souscrivent des engagements *“dans l'espoir que ces réglementations et conventions participeraient à leur développement économique et social, en attirant des fonds et entreprises elles-mêmes générant industrie, infrastructures et emplois”*⁴⁸.

Par peur de ces États nouvellement indépendants, de ces nouveaux arrivés sur la scène économique et commerciale internationale, et utilisant l'hostilité de certains nouveaux gouvernements envers les investisseurs étrangers, le régime *“surprotecteur des investissements”*⁴⁹ est né. Si la situation politique et économique a évolué considérablement depuis les années 1970, il n'en va pas de même pour le régime juridique du droit international des investissements. Conforté par ce postulat dépassé, le cadre juridique est resté largement inchangé, créant ainsi un nouveau déséquilibre. Comme le note M. Ph Fouchard : *“[a]u nom de*

⁴⁶ Cette croyance est elle-même la cause de l'origine du droit international des investissements. Ce dernier naît pour pallier les manquements du droit international général et des droits nationaux afin de protéger les investissements étrangers des décisions arbitraires des États d'accueil, comme en témoigne la vague de nationalisation suivant la décolonisation.

O. DANIC, Chapitre 1. Le besoin d'un droit international des investissements, dans O. DANIC, *L'émergence d'un droit international des investissements, Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Alain PELLET (dir.), Université Paris 10 Nanterre, 2012, pp. 57-138.

⁴⁷ E. SERRURIER, « Le code panafricain des investissements - Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *Revue africaine de responsabilité sociale et management durable*, volume 1, 2019

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ C.-A. MICHALET, « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Dijon*, vol. 20, 2000, p. 440 ; Cité dans S. EL BOUDOUHI, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005, pp. 542-563, p. 542

*la liberté et de la protection de l'investissement international, le balancier est passé de l'autre côté*⁵⁰

Sur le plan national, de nombreux États choisissent de protéger “l’attractivité” de leur régime juridique et de leur économie aux dépens de la responsabilisation des STN. Dès lors, non seulement les États tolèrent les violations des normes en vigueur en matière de droits humains ou environnementaux sur leur territoire, mais ils peuvent aussi y participer activement. La principale raison expliquant cette attitude attrait à la sécurisation et à la préservation de l’entrée de capitaux étrangers sur le territoire national. Ainsi, certains dirigeants de pays du Sud ont décidé de favoriser leur intégration dans l’élite mondiale, leur propre enrichissement personnel et leur maintien au pouvoir, plutôt que de donner la priorité au progrès social de l’ensemble des populations de leur pays⁵¹. A l’inverse, ceux qui essayent de poursuivre ou sanctionner les activités nuisibles des STN peuvent facilement subir des pressions et des chantages, de la part des États ou des organisations internationales ou régionales (la Banque Mondiale⁵² ou des banques de développements) ou bien se trouver cloisonnés dans des procédures trop longues et coûteuses⁵³.

La responsabilisation des STN face à des enjeux juridictionnels complexes

⁵⁰ Ph. FOUCHARD, « L’arbitrage et la mondialisation de l’économie », *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? : Mélanges en l’honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, p. 393

⁵¹ Nous pouvons mentionner certains travaux qui analysent les élites mondiales à travers des profils des dirigeants d’État, ainsi que la manière dont leur profils et origines sociales permettent leur insertion dans ces élites Y. DEZALAY, B. G. GARTH, « La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir en Amérique latine », *Le Seuil*, Paris, 2002; Y. DEZALAY, « Les courtiers de l’international. Héritiers cosmopolites, mercenaires de l’impérialisme et missionnaires de l’universel », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 151-152, no. 1, 2004, pp. 4-35.

⁵² Une vague de réformes législatives relatives à l’accueil des investissements étrangers et le domaine minier, a suivi la politique du néolibéralisme menée, dans les années 1990, sous la forte influence de la Banque Mondiale.

⁵³ Dans l’affaire Philip Morris contre la République de Uruguay, l’entreprise conteste devant un tribunal arbitral dans le cadre du CIRDI les mesures anti-tabac prise par l’État. Après six ans de contentieux, la décision finale du tribunal a été de rejeter tout recours de l’entreprise et de la condamner à payer tous les coûts de l’arbitrage et à rembourser une partie des frais de représentation juridique de la partie étatique, estimé de 7 millions de dollars. Même en avec le remboursement des coût du différend a posteriori, l’État a eu dû faire face à une procédure longue et extrêmement coûteuse, provoquée par les mesures destinées à protéger la santé de sa population. CIRDI, *affaire Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. la République orientale de l’Uruguay*, n° ARB/10/7, 8 juillet 2016

Quelles que soient les volontés de leurs dirigeants, les États sont les premiers garants des droits de l'Homme sur leurs territoires⁵⁴. Ils sont liés par des engagements internationaux contraignants garantissant le respect de ces droits⁵⁵. Les victimes peuvent rechercher la responsabilité de l'État pour violation des droits de l'Homme, des obligations internationales, que ce soit sur le terrain national ou par la suite devant les cours supranationales⁵⁶.

Cependant, une difficulté demeure au sujet de la mise en cause de la responsabilité des STN. Contrairement aux États, auxquels nous pouvons imputer les actions des entreprises afin de rechercher la responsabilité pour des violations des droits de l'Homme, se retourner contre les STN n'est pas si simple. Dans les pays en développement, comme en Afrique, l'amélioration du respect par les STN des droits de l'Homme reste limitée⁵⁷ par les facteurs normatifs et le contexte socio-économique que nous allons examiner⁵⁸, mais aussi par l'encadrement du contentieux. Dans de nombreux cas, la garantie des droits de l'Homme par l'État est déterminée en fonction de son emprise sur les actes des STN et son pouvoir de les poursuivre en cas de violation.

Toutefois, ne disposant pas de la personnalité juridique internationale, les STN ne sont pas tributaires d'obligations dans cet ordre juridique. Dès lors, ces personnes morales de droit interne ne peuvent pas être poursuivies pour manquement à des obligations non opposables⁵⁹. Nous pourrions, par analogie, leur reconnaître des obligations tirées des engagements non contraignants qu'elles ont souscrit, mais aucune juridiction internationale ne s'est déclarée compétente pour juger les multinationales à propos des violations pouvant en découler.

⁵⁴ Article 1er de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples : *“Les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer”*.

⁵⁵ P. ex., la Convention Européenne des droits de l'Homme, ou la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples

⁵⁶ Il s'agit par exemple de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, ou bien des tribunaux des communautés économiques régionales africaines dans le contentieux des droits de l'Homme.

⁵⁷ L'introduction d'obligations contraignantes en matière de droits de l'Homme est lente, est fait face à de multiples obstacles qui se manifestent presque à chaque pas.

⁵⁸ Cf. Paragraphe 1 sur le contexte socio-économique de l'État, déterminant sa position face au investissements étrangers, de la Section 1 du Chapitre 2 de la Partie I, pp. 54-68

⁵⁹ A ne pas confondre avec la responsabilité pénale des chefs d'entreprises.

Sur le plan national, les STN pourraient être poursuivies en théorie par les États hôtes, mais uniquement en l'absence de clauses d'arbitrage, qui écartent traditionnellement ce type de risques pour les entreprises. Ainsi, les États d'immatriculation peuvent poursuivre les entreprises qui y sont immatriculées pour les faits de leurs filiales ou succursales sous conditions d'adoption de législations adaptées ou d'un certain activisme de la part des juges internes.

Dans ces circonstances, le type et le nombre de procédures disponibles est fortement limité, soit par les manœuvres dilatoires et les subterfuges dont usent et abusent ces entreprises⁶⁰, soit par l'absence de normes nationales adaptées pour les responsabiliser⁶¹. De plus, les instances ouvertes pour les États dans leur droit interne sont fortement limitées par les clauses d'arbitrage⁶². Si le seul recours disponible est l'arbitrage, il reste tout de même profondément inadapté pour la recherche de la responsabilité des STN.

Nous allons nous pencher sur la mesure dans laquelle le droit international actuel, ses sources et sa structure sont adaptés pour responsabiliser efficacement les STN. Nous adoptons une approche descriptive et prospective en examinant l'état de droit actuel et en analysant les possibles améliorations de celui-ci. En effet, à partir du diagnostic des enjeux socio-économiques de la région et des enjeux juridiques sur le plan international, transnational, national et régional, quelles solutions se présentent pour responsabiliser effectivement les sociétés transnationales du domaine minier, dans leur traitement des droits fondamentaux liés au travail ?

Après avoir envisagé les obstacles qui se présentent à la responsabilisation des sociétés transnationales (PARTIE I), nous allons analyser les solutions existantes et tenter de dégager des solutions prospectives de la responsabilisation de ces dernières (PARTIE II).

⁶⁰ Avec la délocalisation de leurs violations, et l'imputation de ces dernières aux succursales.

⁶¹ Rares sont les législations nationales qui permettent la poursuite de la responsabilité des STN implantées sur leur sol pour les faits commis dans d'autres États.

⁶² L'expression du consentement à l'arbitrage dans les TBI ou dans les codes d'investissement enlève la possibilité de poursuite du juge interne des STN.

PARTIE I

LES OBSTACLES À LA RESPONSABILISATION DES STN

Le caractère interdisciplinaire de notre problématique rend la responsabilisation des STN particulièrement difficile. L'effectivité des méthodes de responsabilisation est donc limitée non seulement par leur propre encadrement mais aussi par l'encadrement général du domaine dans lequel ces méthodes s'inscrivent.

De plus, cette problématique se trouve à l'intersection de différents contextes, difficiles à concilier tant en théorie qu'en pratique.

Les obstacles à la responsabilisation des STN se distinguent à travers le cadre juridique international favorable aux STN (Chapitre 1), ainsi qu'à travers le contexte juridique, politique et économique défavorable à la protection des intérêts de l'État (Chapitre 2).

CHAPITRE 1.

LES NORMES ET LE CADRE JURIDIQUE INTERNATIONAL FAVORABLES AUX STN

La difficulté de la régulation de l'activité des entreprises transnationales se rapporte à un cadre juridique particulièrement complexe touchant le droit international public, économique et les droits de l'Homme.

L'absence d'obligations contraignantes et de sanctions effectives relatives à la responsabilisation des sociétés transnationales (STN) peut être attribuée à l'encadrement de la personnalité juridique en droit international public. Indépendamment des différents courants d'analyse de celle-ci⁶³, traditionnellement et de manière générale, les normes concernant les STN sont non-contraignantes. Certes, l'obligatorité et l'effectivité de ces normes peuvent varier, mais on parle principalement de *soft law*.

⁶³ Que la personnalité juridique soit déterminée ou non par la capacité, les STN restent des personnes de droit interne, et se voient opposées presque uniquement les règles non contraignantes. *Supra*. Introduction, pp. 7-19

En ce qui concerne le droit international économique, ce dernier a, au fil des années, mis les STN, acteurs principaux de son agenda néolibéraliste, sur un piédestal. Il semble donc que les buts du droit international économique ne s'alignent pas de manière adéquate avec la protection des droits de l'Homme dans les pays en développement et la recherche de la responsabilisation de leurs "*agents privilégiés du développement*"⁶⁴.

Dès lors, nous allons examiner les conséquences de l'absence de reconnaissance de personnalité juridique internationale des sociétés transnationales (STN) sur le cadre juridique dans lequel elles s'insèrent (Section 1), et ensuite nous nous concentrerons sur l'approche protectrice du droit international économique vis-à-vis des STN (Section 2), que ce soit dans la sphère internationale ou dans sa transposition en droit interne.

Section 1. Un cadre juridique ne reconnaissant pas les STN comme sujets de droit international

Les multinationales bénéficient avant tout des droits et des protections internationales sans être assujetties à des obligations contraignantes à leur égard. Les normes issues des organisations internationales ou régionales existantes jusqu'alors, intéressants les multinationales et le respect des droits de l'Homme sont principalement du *soft-law* (Paragraphe 1). Il est ensuite question d'examiner si le suivi et le contrôle de l'application de celles-ci malgré leur caractère non-contraignant peut les rendre plus effectives (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'absence de reconnaissance d'obligations envers les STN

Dans un premier temps, nous allons examiner les instruments internationaux (A), et dans un second temps les instruments régionaux qui existent et s'appliquent en Afrique de l'Ouest (B).

A. L'étude des instruments internationaux

⁶⁴ *Supra.*

Tout d'abord, même s'ils sont de moindre importance il faut mentionner les codes de conduite. Ce sont les premières normes comportant les règles de conduite intéressant les sociétés transnationales. Leur utilité primaire étant de produire une image de l'entreprise plus vertueuse, ces codes sont adoptés volontairement par les STN elles-mêmes⁶⁵. Ces codes n'ont aucun effet juridique contraignant, et ne servent qu'à définir des règles minimales auto-imposées⁶⁶.

Même s'ils présentent plusieurs limitations, ces codes de conduite constituent tout de même un premier pas vers l'encadrement de l'activité des STN. En tant qu'initiatives privées, ces codes de conduite sont étrangers à l'activité normative des États et aux organismes internationaux, donc étrangers à l'intérêt général. De plus, le contenu de chaque code est variable et aléatoire donc incomplet⁶⁷. D'autre part, leur application est aléatoire et ne dépend que de la seule volonté de l'entreprise, sans aucun véritable contrôle extérieur indépendant. Comportant uniquement des dispositions limitées par la subjectivité de l'intérêt privé de l'entreprise émettrice, ces codes ne peuvent se substituer aux normes organismes étatiques nationaux et interétatiques internationaux.

⁶⁵ Selon la volonté de l'entreprise en question, ces règles de conduite peuvent être prospectives et/ou prescriptives, leur contenu peut-être respectivement obligatoire ou discrétionnaire. En effet, les codes prospectifs sont orientés vers la détermination d'un comportement spécifique, prévoyant les conséquences des transgressions. D'un autre côté les codes de conduite prescriptifs sont plutôt orientés vers la détermination des fins souhaitées, abstraits. Ils sont focalisés sur la récompense en cas d'adoption du comportement visé.

Définitions tirées de R. JANOFF-BULMAN, S. SHEIKH, et S. HEPP, «Proscriptive Versus Prescriptive Morality: Two Faces of Moral Regulation», *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 96, No. 3, 521–537

⁶⁶ M. ÖZDEN, « État des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des "Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises" », *op.cit* p. 21

⁶⁷ Ceci est démontré par une étude de l'Organisation internationale de travail (OIT) faite en 1998, selon laquelle, sur l'ensemble des codes de conduite des STN examinés, "seuls 15% faisaient allusion à la liberté d'association, 25% à l'interdiction du travail forcé, 40% au niveau des salaires, 45% à l'interdiction du travail des enfants, 66% à la non-discrimination et 75% à la santé et à la sécurité au travail".

OIT, Overview of global developments and Office activities concerning codes of conduct, social labelling and other private sector initiatives addressing labour issues. Working Party on the Social Dimensions of the Liberalization of International Trade. International Labour Office, Geneva, November 1998. GB.273/ WP/SDL/1;

Cité par *Ibid*, p. 21,

Cf. <<https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb273/sdl-1.htm>>

Dans le cadre de l'Organisation internationale de travail (OIT)⁶⁸, le premier véritable instrument indépendant⁶⁹ visant les STN est la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de 1977 amendée plusieurs fois, et finalement en 2017⁷⁰.

Le but de cette Déclaration est :

“d’encourager les entreprises multinationales à contribuer positivement au progrès économique et social et à la concrétisation du travail décent pour tous, ainsi qu’à atténuer et à résoudre les difficultés que leurs diverses opérations peuvent soulever”⁷¹.

Notamment, fondée sur les principes contenus dans les conventions et les recommandations internationales du travail⁷², elle vise à orienter les entreprises multinationales, les gouvernements, les organisations des employeurs et des travailleurs dans des domaines tels que l’emploi, la formation, les conditions de travail et de vie et les relations professionnelles. La Déclaration dite sur les EMN, entreprises multinationales, même si elle est non-contraignante, est le seul instrument de l’OIT qui fournit des orientations directes aux entreprises nationales et multinationales, et c’est le seul instrument tripartite mondial sur la politique sociale élaboré et adopté par les gouvernements, les employeurs et les travailleurs dans le monde. Sa dernière révision prend en compte les nouveaux enjeux économiques, notamment l’augmentation des investissements internationaux et des échanges commerciaux, et la croissance des chaînes

⁶⁸ L’OIT comprend deux principaux organismes, le Bureau international du Travail (BIT) et le Conseil d’administration (CA) dudit Bureau. Tout d’abord, le Bureau est le Secrétariat permanent de l’OIT, chargé de la gestion de toutes les activités de l’OIT. Il est sous le contrôle du Conseil d’administration. Ce dernier est l’organe exécutif de l’OIT, chargé des décisions concernant la politique de l’OIT, il fixe l’ordre du jour de la Conférence internationale du Travail (CIT), adopte le projet de programme et le budget de l’organisation à présenter à la CIT et élit le Directeur général.

Cf. le site de l’OIT, <<https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/lang--fr/index.htm>>

⁶⁹ Instrument qui n’a pas été créé par la STN elle-même, donc étant indépendant de sa volonté.

⁷⁰ Bureau international de Travail (BIT), Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, Genève, 5ème édition, 2017

⁷¹ *Ibid.* §2

⁷² Le Conseil d’administration du BIT décide de réviser l’ancienne version de la Déclaration tripartite (2006) pour tenir compte des évolutions et des nouveaux instruments au sein de l’OIT, ou à l’extérieur, tels que la Déclaration de l’OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable adoptée en 2008, les nouvelles normes internationales du travail, comme par exemple concernant le travail décent dans les chaînes d’approvisionnement mondiales (2016), le rapport de Ruggie et la référence “Protéger, respecter et réparer” des Nations Unies (2011), le Programme d’action d’Addis-Abeba (2015) sur le financement du développement, l’Accord de Paris concernant les changements climatiques (2015), les Principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales (révisés en 2011) etc.

Ibid., p. 1, annexe I.

d'approvisionnement mondiales. Elle prévoit des dispositions relatives au travail décent, au travail forcé, à la transition de l'économie informelle vers l'économie formelle, et à l'accès des victimes à des voies de recours et d'indemnisation. Ces nouveaux ajouts sont applicables à toute industrie mais répondent à certains enjeux que nous allons envisager dans le contexte du domaine minier dans les pays africains, particulièrement en ce qui concerne une croissance plus inclusive et un meilleur partage des bénéfices des investissements directs étrangers (IDE).

L'Organisation des Nations Unies a élaboré plusieurs instruments. Tout d'abord le Pacte mondial, lancé en 1999 au Forum de Davos par l'ancien Secrétaire Général de l'ONU M. Kofi Annan⁷³. Le pacte est devenu opérationnel en juillet 2000. Il prévoit dix principes⁷⁴ regroupés en quatre catégories, concernant les droits de l'Homme, les droits fondamentaux des travailleurs⁷⁵, la protection de l'environnement, la lutte contre la corruption. Depuis son entrée en vigueur le pacte a été signé par plus de 6 000 entreprises et 2 000 acteurs de la société civile (ONG, monde du travail, milieu académique). Toutefois, le Pacte n'est qu'un "*simple compromis politique de diffusion*"⁷⁶. Malgré, cette participation impressionnante, le pacte en lui-même⁷⁷ n'a aucun statut juridique clair et n'avait aucun effet contraignant ni pour les entreprises ni pour les États⁷⁸. Initialement, il n'y avait pas eu de mécanisme de suivi et de surveillance pour vérifier le respect par les sociétés transnationales des engagements qu'elles voudraient bien prendre. Depuis, une

⁷³ Cf. <<https://www.unglobalcompact.org/>>

⁷⁴ Originellement neuf, le dixième a été ajouté en 2004.

⁷⁵ S'agissant des normes relatives au travail, le pacte s'inspire de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et prescrit les principes suivants :

Principe 3 : Les entreprises devraient respecter l'exercice de la liberté d'association et reconnaître le droit à la négociation collective ;

Principe 4 : Élimination de toutes les formes de travail forcé et obligatoire ;

Principe 5 : Abolition effective du travail des enfants ;

Principe 6 : Élimination de la discrimination en matière d'emploi et d'exercice d'une profession.

⁷⁶ K. MARTIN-CHENUT, « Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises : les 'Principes Directeurs des Nations Unies' », *Responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, 2013, pp. 229-247, p. 233

⁷⁷ Les principes peuvent de manière volontaire être transposés dans le droit interne, ou bien les États peuvent signer les instruments qui ont inspiré le Pacte mondiale.

⁷⁸ Selon le site du Pacte mondial, ce dernier est plutôt « *a guide dog than a watch dog* ». Cf. <<https://www.unglobalcompact.org/about/faq>>

obligation de soumission de rapport a été mis en place⁷⁹. L'initiative est en essence prescriptive, orientée vers les actions commises pour la mise en œuvre des principes. Les rapports sont établis par les STN elles-mêmes qui sont dès lors libres d'omettre de mentionner si elles ont commis des actions contraires aux principes. Aucun contrôle ou mécanisme de sanction n'est prévu par la suite. Une fois de plus, tout comme les codes de conduite, cet engagement quasiment vide de substance n'est utile que pour améliorer l'image des STN⁸⁰.

Il serait opportun de mentionner à ce stade, le projet de "*Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises*"⁸¹ de 2003. Ce projet n'a pas été adopté⁸² mais il présente une réponse claire à l'incertitude juridique du Pacte mondial. Il s'inscrit dans un cadre juridique visant un contrôle effectif des activités des sociétés transnationales. Les normes énoncées font partie du *corpus juris* international existant⁸³, mais il innove par son opposabilité aux entreprises, en vertu de la référence faite par le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme à « *tous les organes de la société* »⁸⁴. Il s'agit donc d'une reformulation des obligations découlant du droit international des droits de l'Homme pour responsabiliser les entreprises. Le projet de Norme consacrait la volonté d'adopter un instrument contraignant sans toutefois distinguer clairement les obligations des États et celles des entreprises. Pour cette raison le projet a été critiqué, notamment par le *Représentant spécial du Secrétaire général des Nations*

⁷⁹ En effet, un mécanisme est prévu pour les adhérents de soumettre une « communication de progrès », chaque année. Par ce rapport, les adhérents notent le progrès qu'ils ont eu dans leur mise en œuvre des principes, avec une explication des actions entreprises et des résultats atteints. Les rapports sont ensuite publiés en ligne sur le site du Pacte.

⁸⁰ Selon Mme Kathia Martin-Chenut, le Pacte mondial se focalise sur les bonnes pratiques adoptées, ce qui est récompensé par la suite par la publicité.
K. MARTIN-CHENUT, « Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises : les 'Principes Directeurs des Nations Unies' », *op.cit.*, p. 233

⁸¹ Résolution de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2

⁸² Selon la Décision 2004/116 du 22 avril 2004, l'ancienne Commission des droits de l'Homme des Nations Unies a considéré que le projet de normes produit par la Sous-Commission n'avait "aucune valeur juridique". Dès lors, la Commission décide de ne pas l'adopter.

⁸³ K. MARTIN-CHENUT, « Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises : les 'Principes Directeurs des Nations Unies' », *op.cit.*, p. 238

⁸⁴ Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, portant Déclaration universelle des droits de l'Homme, A/RES/217 (III)

Unies chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises John Ruggie.

Ruggie rejette clairement le projet de 2003, considérant que celui-ci voulait :

“étendre aux entreprises, en application directe du droit international, la même série d'obligations en matière des droits de l'Homme que les États contractent pour eux-mêmes lorsqu'ils ratifient des traités : « promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme »”⁸⁵.

Il s'agissait, pour lui, de la création d'une nouvelle branche du droit international dont les normes seraient directement applicables aux entreprises.

Dans son Rapport devant le Conseil des droits de l'homme⁸⁶, M. John Ruggie propose des principes non contraignants consacrés par des recommandations plus strictes visant à une responsabilisation renforcée des entreprises. Il propose des responsabilités « différenciées mais complémentaires »⁸⁷ des États et des entreprises. Contrairement à la référence susmentionnée aux « organes de la société »⁸⁸, John Ruggie perçoit les entreprises comme des « organes économiques spécialisés »⁸⁹ en les distinguant « des institutions démocratiques d'intérêt public »⁹⁰. Suivant cette logique, la distinction des responsabilités de l'entreprise et de l'État est claire et nécessaire, “les responsabilités des entreprises ne pouvant pas simplement refléter les obligations générales des États à l'égard de la protection des droits de l'homme”⁹¹.

Le Rapport de Ruggie, tout comme les deux autres instruments précédemment mentionnés, ne s'inscrivent pas clairement dans un cadre juridique précis, et leur nature reste

⁸⁵ Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 22 févr. 2006, E/CN.4/2006/97, § 59; cité par K. MARTIN-CHENUT, «Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises : les 'Principes Directeurs des Nations Unies'», *op.cit.*, p. 239

⁸⁶ Conseil des droits de l'Homme, *Protéger, respecter et réparer : un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme*, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, 07 avril 2008, A/HRC/8/5, pp. 24 et s.

⁸⁷ *Ibid.* §9

⁸⁸ Déclaration universelle des droits de l'Homme, *op.cit.*

⁸⁹ Rapport Ruggie, A/HRC/8/5, *op.cit.* §53

⁹⁰ *Ibid.* §53

⁹¹ K. MARTIN-CHENUT, *Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises : les 'Principes Directeurs des Nations Unies'*, *op.cit.*, p. 241

ambiguë. En l'occurrence, le texte affirme simultanément le caractère volontaire des principes et se réfère aux traités internationaux contraignants, rendant l'obligatorité de ses dispositions incertaines. D'autre part, le texte prévoit une innovation importante par le biais de la nécessité de violation des obligations de l'entreprise pour engager sa responsabilité. Le rapport énonce deux types d'obligations à l'encontre des STN : une obligation négative, selon le Principe directeur 13 de « *protéger, respecter et réparer* » et une obligation positive de diligence, posée par le Principe directeur 15⁹². Cette dernière obligation est innovante. Dans le cadre de cette obligation de moyen⁹³, l'entreprise doit informer, prévenir et éviter les impacts négatifs de leurs activités sur les droits de l'Homme. Ces obligations n'ont pas de caractère contraignant. Le seul risque pour les STN est une atteinte à leur image, à leur réputation, une perte d'actionnaires ou de salariés⁹⁴. Le Rapport affirme la protection de 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 profession⁹⁵. Le projet final de son Rapport a été adopté à l'unanimité en mars 2011, lors de la 17ème Session du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies⁹⁶.

Enfin, il faut mentionner les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de

⁹² Conseil des droits de l'Homme, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, M. John Ruggie, 21 mars 2011, A/HRC/17/31

⁹³ Selon le Vocabulaire juridique, l'obligation de moyen, dite aussi obligation générale de prudence ou de diligence, peut se définir comme une “[o]bligation, pour le débiteur, non de parvenir à un résultat déterminé mais d’y appliquer ses soins et ses capacités de sorte que la responsabilité du débiteur n’est engagée que si le créancier prouve, de la part de ce débiteur, un manquement à ses devoirs de prudence ou de diligence”. Elle se distingue de l’obligation de résultat, qui oblige “le débiteur de parvenir à un résultat déterminé, de telle sorte que la responsabilité du débiteur est engagée sur la seule preuve que le fait n’est pas réalisé...”. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e édition mise à jour 2011, Puf, p.696

⁹⁴ Selon le rapport, “[t]out manquement à cette obligation [de respecter les droits de l’homme] les expose au jugement de l’opinion publique – c’est-à-dire des employés, des collectivités, des consommateurs, de la société civile et des investisseurs...”
Rapport Ruggie, A/HRC/8/5, *op.cit.* §54

⁹⁵ Ces droits sont énumérés pour démontrer l’incidence des STN sur les droits de l’Homme, par la suite qu’“elles doivent se conformer aux lois nationales, les entreprises doivent avant toute chose respecter les droits de l’homme”. Ibid. § 52 et 54

⁹⁶ Principes directeurs, A/HRC/17/31, *op.cit.*

développement économiques (OCDE) de 2011⁹⁷. Ils ont été élaborés par les gouvernements pour les « *entreprises multinationales* » opérant dans ou à partir des pays de l'OCDE. Les obligations y contenues sont non-contraignantes. Dans la version précédente, de l'année 2000, le texte ne contenait qu'une seule référence aux droits de l'Homme : obligation de "*respecter les droits de l'Homme des personnes affectées par leurs activités en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil*"⁹⁸. Mais depuis la révision, un nouveau chapitre sur les droits de l'Homme a été introduit. Le chapitre est inspiré des Principes directeurs "Protéger, respecter et réparer" susmentionnés, et donc fait référence à l'obligation de diligence raisonnable et à la gestion responsable de la chaîne d'approvisionnement⁹⁹. Cette nouvelle approche représente un progrès important. Cependant, il faut tenir compte du fait que les pays membres de l'OCDE sont presque exclusivement des pays développés¹⁰⁰. Ces instruments n'intéressent donc qu'indirectement les pays africains. Toutefois, il faut souligner que ces instruments peuvent présenter une utilité particulière pour notre sujet du fait de l'influence qu'ils exercent en droits étatiques de siège ou d'immatriculation des multinationales.

B. L'étude des instruments régionaux

L'instrument le plus important au niveau régional dans la lutte contre les violations commises par les STN est la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (ci-après la Charte africaine)¹⁰¹. C'est une convention internationale multilatérale consacrant la protection des droits de l'Homme, et comme tout autre instrument de même nature¹⁰², elle s'adresse principalement aux États parties. Il semble dès lors que la Charte ne peut avoir qu'une incidence

⁹⁷ Les principes directeurs ont été initialement rédigés en 1976, puis révisés en 2000, et enfin en 2011. OCDE (2011), Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, Cf. <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr>>

⁹⁸ OCDE (2000), Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, partie 1, chapitre II. §2, p.16

⁹⁹ OCDE (2011), Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, *op.cit.*, partie 1, chapitre II, B, §2, p. 24

¹⁰⁰ Cf. le site de l'OCDE, <<http://www.oecd.org/fr/apropos/membres-et-partenaires/>>

¹⁰¹ La Charte africaine a été adoptée par la dix-huitième conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine, le 18 juin 1981, à Nairobi, Kenya.

¹⁰² P. ex., la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH) et le système interaméricain.

indirecte sur les STN. Toutefois, nous allons examiner comment, malgré cela, la Charte peut être un instrument utile de la responsabilisation des STN.

Pour comprendre sa nature particulière (2), il faut tout d'abord envisager le fondement théorique consacré par la Charte (1)

1) Le système africain de protection des droits de l'Homme

Nous allons brièvement mentionner les différentes traditions de protection des droits de l'Homme (α), puis envisager l'approche consacrée par la Charte (β).

α : L'aperçu des traditions différentes de droits de l'Homme

Deux conceptions majeures, individualiste et solidariste, se distinguent aujourd'hui des droits de l'Homme. La conception moderne et occidentale¹⁰³ repose sur la perspective individualiste¹⁰⁴. Selon cette dernière, la liberté et l'autonomie sont intrinsèquement liées. Dès lors, *“dans les limites de l'autonomie des autres, est autonome celui qui vit, qui s'exprime sans crainte, qui peut circuler où bon lui semble, qui organise sa vie privée selon ses désirs, qui croit en ce qu'il veut, qui s'associe avec qui il veut... qui dispose aussi de ses biens comme bon lui semble”*¹⁰⁵. Traduit en droit, ceci représente les droits de l'Homme de première génération qui établissent le positionnement de l'individu indépendant par rapport à la collectivité. Par la suite, toujours dans le cadre de la même tradition individualiste, est apparue l'hypothèse selon laquelle

¹⁰³ Se développe à l'occident et est incarnée par la CESDH, qui consacre principalement les droits de la première génération, avec une extension a posteriori vers les droits de deuxième génération. La CESDH n'accorde pas une grande importance aux droits de solidarité.

¹⁰⁴ Selon la conception individualiste développée par Rousseau, l'Homme est libre et autonome, confronté avec le fait social, il doit respecter la liberté et l'autonomie des autres et s'abstenir de leur nuire.

Par la suite, cette conception a été reprise et perfectionnée par Kant, qui note que même si l'État ne devrait pas dicter la conduite des individus, il doit tout de même veiller à l'accord harmonieux entre les libertés de chacun.

Dans le contexte social, la volonté humaine est donc confrontée à la tâche de l'État de veiller à ce que l'exercice d'une liberté individuelle n'entrave pas de façon abusive la liberté des autres.

J.J. ROUSSEAU, «Huitième lettre, Lettres écrites de la montagne», in Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 6, in-4°, <www.rousseauonline.ch>;

I. KANT, *Critique de la raison pratique*, Ak V, 73 ; cité par F. MICHAËL, « Kant ou les vertus de l'autonomie », *Études*, 2011/3 (Tome 414), p. 341-351. <<https://www.cairn.info/revue-etudes-2011-3-page-341.htm>>

¹⁰⁵ B. PETIT, «Les libertés instrumentalisées ? Retour sur les rapports complexes entre Droits de l'Homme et multinationales», *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017 n°25, §26, <<http://www.revuedlf.com/affaires-fiscale/les-libertes-instrumentalisees-retour-sur-les-rapports-complexes-entre-droits-de-lhomme-et-multinationales/>> (page consultée en août 2020) §6

l'Homme, tout en étant indépendant, tire de la collectivité certains droits, comme le droit à la protection sociale, à un logement, etc. De cette hypothèse se développent les droits de l'Homme de la deuxième génération. Ces droits se fondent sur le l'idée "*de permettre aux individus les plus défavorisés (qu'ils le soient réellement ou qu'ils puissent l'être un jour) de bénéficier d'un minima de conditions sociales, concrétisé par des prestations matérielles qui leur permettent de jouir effectivement de leurs « droits de première génération »*"¹⁰⁶.

Les régimes de droits de l'Homme se distinguent selon qu'ils consacrent ou non les droits de deuxième génération. Les conventions internationales qui énoncent ces régimes déterminent la nature et l'étendu du rôle de l'État selon la génération d'obligations qu'ils consacrent¹⁰⁷.

β : L'approche solidariste, représentée par la Charte africaine

Une autre approche des droits de l'Homme est le solidarisme¹⁰⁸, selon lequel l'Homme n'est pas uniquement perçu en dehors des rapports sociaux, mais comme le « débiteur de l'association humaine »¹⁰⁹. En effet, selon M. Benoit Petit, l'Homme et "*toutes ses exigences de vie et de développement dépendraient du cadre social, et plus précisément des liens de solidarité qui permettent au collectif d'exister et de se déployer. Il en ressort que la finalité irréductible de toute norme de Droit vise la préservation de ces liens d'interdépendance sans lesquels l'Homme et son Humanité ne sont rien.*"¹¹⁰. Ainsi, les libertés dont dispose l'Homme et qui lui permettent de se développer sont encadrées par l'exigence de solidarité sociale, et la responsabilité sociétale propre de chaque individu. Dans ce sens les "libertés-droits" proclamées par la première génération et le "libertés-créances" de la deuxième génération peuvent être complétées ou substituées, selon le régime de protection des droit de l'Homme, par les "libertés-devoirs" de la

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ La consécration de la deuxième génération traduit une conception de l'État-Providence, avec un rôle de l'État beaucoup plus marqué. Contrairement à la vision plus radicale des théories libérales, selon laquelle l'État devrait avoir un rôle minimal. *Ibid.*

¹⁰⁸ L'approche solidariste est une conception plus récente et peut être vu comme contre-pied à l'individualisme.

¹⁰⁹ L. BOURGEOIS, « Solidarité », Paris, 1896, A. Collin; cité par B. PETIT, « Les libertés instrumentalisées ? Retour sur les rapports complexes entre Droits de l'Homme et multinationales », *op.cit.*

¹¹⁰ B. PETIT, « Les libertés instrumentalisées ? Retour sur les rapports complexes entre Droits de l'Homme et multinationales », *op.cit.* §7.

troisième génération. Cette troisième génération, théorisée originellement par M. le Pr. Karel Vašák¹¹¹, rassemble les « droits de solidarité », comme par exemple, le droit à la paix, les droits à un environnement sain, les droits des Peuples à l'autodétermination, au développement économique, social et culturel.

Le système qui incarne le plus l'approche solidariste est la Charte africaine. Il faut noter tout de même que la Charte africaine adopte une approche complémentaire, consacrant les deux premières générations de droits tout en accordant une attention particulière aux droits de solidarité¹¹². La Charte Africaine est ainsi la première convention multilatérale¹¹³ relative à la protection des droits de l'Homme, non seulement à incorporer ces droits, mais aussi à reconnaître comme leur titulaire le Peuple¹¹⁴.

Ces différences entre les régimes de droits de l'Homme sont particulièrement bénéfiques aux STN. Du fait de leur caractère transnational, elles ou leurs filiales peuvent être soumises à plusieurs juridictions qui ne reconnaissent pas nécessairement les mêmes droits ou n'y apportent pas une même importance.

2) Les particularités de la Charte africaine, énonçant des droits et des devoirs

¹¹¹ Dans ses ouvrages publiés dans les années 1970 Karel Vašák, fait mention pour la première fois de la théorie de la « troisième génération des droits de l'homme ». K. VAŠÁK, *Mélanges Pictet*, 1977. p. 837 ; cité OUGUERGOUZ, Fatsah. « Chapitre V. Les droits des peuples » In: *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité op.cit* ; K. VAŠÁK, «Le droit international des droits de l'homme », contribution au II Colloque de Besançon, « Les droits de l'homme en France en 1970-71-La France devant la discrimination raciale », 9-10-11 décembre 1971, *Revue des Droits de l'Homme*, Vol. V-1, 1972, p. 45

¹¹² Les articles 19 à 24 de la Charte Africaine proclament en effet non seulement les déjà classiques droits des peuples à l'autodétermination politique et économique, mais également le droit des peuples au développement économique, social et culturel et à l'égale jouissance du patrimoine commun de l'humanité, le droit des peuples à la paix et le droit à un environnement satisfaisant et global.

¹¹³ Précédemment, ces droits ont fait l'objet de consécration individuelles, principalement par les résolutions et les instruments de *soft law*. Par exemple, s'agissant du droit au développement, il est consacré par la *Déclaration sur la Race et les Préjugés Raciaux*, adoptée par la Conférence Générale de l'U.N.E.S.C.O. le 27 novembre 1978. Le droit à la paix est consacré par la *Déclaration sur la Préparation des Sociétés à vivre dans la Paix*, par la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, Rés. A.G. 33/73, 15 décembre 1978.

¹¹⁴ S'agissant de la définition du terme «*peuple*» la Charte africaine est silencieuse. Ce silence est un choix intentionnel des rédacteurs pour éviter de ne privilégier ou de n'exclure *a priori* aucune interprétation du mot «*peuple*». Dès lors, le terme devrait être utilisé dans le sens connu du droit international. F. OUGUERGOUZ, Chapitre V. Les droits des peuples, in *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Genève, Graduate Institute Publications, 1993. §7-8

Comme nous l'avons précédemment mentionné, les principaux destinataires des obligations de protection des droits énoncés sont les États africains membres de l'OUA ayant signé la Charte. La question se pose de savoir s'il est possible d'opposer des droits et devoirs aux personnes privées, dont les multinationales, et par conséquent leur reprocher les violations commises.

En effet, à la différence des autres instruments conventionnels, la Charte énonce des devoirs¹¹⁵. La Charte africaine est particulièrement novatrice car, en dehors des obligations nationales traditionnelles, elle consacre de véritables obligations civiques africaines¹¹⁶. Dans ses articles 27, 28 et 29, la Charte énumère divers devoirs. Toutefois, il faut noter que les destinataires de ces devoirs sont uniquement les « *individus* ». La Charte emploie en effet, précisément le terme individu à la place de personne privée. Au premier regard, la reconnaissance de devoirs aux personnes privées autres que les individus, notamment les personnes privées morales est exclue. Il apparaît ainsi évident qu'il est impossible de rechercher la responsabilité des STN sur le fondement des obligations prescrites par la Charte.

Toutefois, un article ne fait pas référence au terme « *individu* » mais à la « *personne* ». C'est l'article 27.2, selon lequel : “[*Les droits et les libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun*”]. De plus, comparé aux autres articles portant sur les devoirs, le contenu de celui-ci paraît plus large. Ainsi, il peut être analysé comme ayant pour objet les relations entre les personnes et non pas en relation avec l'État¹¹⁷. Dès lors, par analogie, en employant une interprétation assez large, cet article pourrait s'adresser aussi aux personnes privées morales. En absence de précision du type de « *personne* » nous pouvons voir ici une potentielle obligation des STN naître au sein de la Charte. Ainsi, le contenu de l'article peut être interprété de manière à correspondre au contexte

¹¹⁵ Certains instruments peuvent parfois énoncer la possibilité pour les États d'imposer à l'individu certains devoirs, généralement des obligations nationales traditionnelles, comme les obligations en matière d'impôts, ou l'obéissance aux lois.

F. OUGUERGOUZ, Chapitre VI. Les devoirs de l'individu, *op.cit.* §87

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ J.-Y. MORIN, Article 27 §2, in M. KAMTO (dir.) *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, Collection de droit international, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 2011, pp. §686-719.

dans lequel devrait s'inscrire une STN, notamment, libre de jouir de ces droits et privilèges tant qu'elle respecte le droit d'autrui¹¹⁸ ou l'intérêt commun.

Par ailleurs, la question de la responsabilité indirecte des États pour les faits commis par les acteurs non-gouvernementaux sera traitée dans le chapitre suivant.

Paragraphe 2. L'absence de centralisation organique dans le suivi et le contrôle de la bonne application des normes applicables

Les nouveaux instruments internationaux prévoient parfois des mécanismes de suivi de la mise en œuvre des recommandations, ou des mécanismes de plainte. Toutefois, il n'existe aucune procédure véritablement efficace au sein de ces organisations pour contrôler l'application de ces principes, ou pour opposer les potentielles violations à leurs auteurs. Ainsi, il n'existe pas de juridiction internationale chargée de veiller au respect de ces principes, compétente pour recevoir des plaintes sur l'inapplication ou la mauvaise application par des sociétés transnationales¹¹⁹.

De plus, il n'existe aucun organe chargé du suivi et du contrôle de l'application des recommandations susmentionnées. Ici sera traitée la question de l'existence et de l'efficacité de multiples organes, majoritairement instaurés par des instruments normatifs particuliers. À noter qu'il ne s'agit pas du contrôle de la transposition des règles en droit interne mais du suivi et du contrôle de leur bonne application par les STN. Dans un premier lieu, nous allons analyser le mécanisme de suivi dans le cadre de l'OIT (A), puis ceux prévus par les instruments onusiens (B), pour enfin brièvement mentionner les points de contact nationaux instaurés par l'OCDE (C)¹²⁰.

A. Le mécanisme de suivi dans le cadre de l'OIT

¹¹⁸ P. ex., le droit au développement économique, social et culturel, ou les droits fondamentaux liés au travail.

¹¹⁹ Il faut distinguer ce dernier de la responsabilité individuelle des chefs d'entreprises, devant la Cour pénale internationale en cas de participation aux violations du droit humanitaire.

¹²⁰ Le contentieux sur la base de la Charte africaine sera traité ultérieurement dans la section 2 du chapitre 2.

À la suite de la session de 1978 du Conseil d'administration de l'OIT¹²¹, une procédure permettant d'assurer le suivi de la mise en œuvre de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale a été établie sur la base de l'article 10 de la Constitution de l'OIT. Les États membres, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs, ont été prié de soumettre des rapports périodiques sur les réalisations effectuées en relation avec la Déclaration. Le Conseil d'administration a alors créé une Commission permanente chargée du suivi de la Déclaration et d'examen des rapports soumis. Il s'agit d'une procédure volontaire et les gouvernements comme les organisations d'employeurs et de travailleurs qui acceptent de répondre le font dans la mesure qui leur convient. De plus, du fait de sa compétence limitée¹²², l'OIT ne vérifie pas l'exactitude des informations recueillies, encore moins l'étendue et l'entière de celles-ci. En outre, la Sous-Commission des entreprises multinationales¹²³ n'est habilitée qu'à faire que des recommandations et non pas à sanctionner le comportement des États. En ce sens, cet organe ne peut être considéré que comme un organe de suivi et de promotion de l'application de la Déclaration et non pas de contrôle¹²⁴. Cette procédure représente un moyen novateur, facile et pratique, permettant d'encourager le dialogue entre les États et les STN et de les orienter dans la mise en œuvre des normes internationales du travail et des bonnes pratiques¹²⁵ reconnues dans leur domaine. Toutefois, les caractères subjectif,

¹²¹ Cf. note 68

¹²² Contrairement à l'Organisation mondiale de commerce, les organismes ne sont pas habilités à contrôler véritablement la mise en œuvre, ou sanctionner les signataires des recommandations. Cf. l'article 19 et 23 de la Constitution de l'OIT ;

¹²³ L'organisme permanent, mis en place par le Conseil d'administration a pris des mesures pour renforcer le suivi de la Déclaration.

¹²⁴ Dans la mise à jour de la Déclaration de 2017, l'annexe II est consacrée aux outils opérationnels, il est clair que ceux-ci sont uniquement chargés de la promotion, de la mise en œuvre, et de l'assistance et la création d'un dialogue entre différents acteurs signataires de la Déclaration. Le soutien et l'instruction offerts par les organismes de l'OIT peuvent par eux-mêmes encourager et aider à la bonne application des principes énoncés. Cette approche, ne relevant pas du droit de la responsabilité, peut s'avérer efficace et effective quant aux destinataires réceptifs. BIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 5^{ème} édition, 2017, *op.cit.* annexe II.

¹²⁵ Les «bonnes pratiques», dans un milieu professionnel donné, se définissant comme, *«un ensemble de comportements qui font consensus et qui sont considérés comme indispensables par la plupart des professionnels du domaine, qu'on peut trouver sous forme de guides de bonnes pratiques (GBP). Ces guides sont conçus par les filières ou par les autorités. Ils peuvent se limiter aux obligations légales, ou les dépasser. Comme les chartes, ils ne sont opposables que s'ils ont été rendus publics. Ils sont souvent établis dans le cadre d'une démarche qualité par les filières»*.

Cf. <[37](http://dictionnaire.sensagent.leparisien.fr/BONNE%20PRATIQUE/fr-fr/#:~:text=Le%20terme%20%C2%AB%20bonnes%20pratiques%20%C2%BB%20d%C3%A9signe,de%20bonnes%20pratiques%20(GBP).></p></div><div data-bbox=)

aléatoire, éparpillé et lacunaire de la participation à la procédure de suivi diminuent considérablement son effectivité.

La révision de 2017 permet d'adresser certains problèmes énoncés tout en gardant la nature volontaire de la participation à la procédure. Dans le but d'encourager l'adhésion de toutes les parties aux principes de la Déclaration, le Conseil d'administration de l'OIT a adopté un éventail d'outils opérationnels. Notamment, la révision prévoit l'instauration d'un mécanisme de suivi régional¹²⁶, avec la désignation de points focaux nationaux, qui permettent un meilleur suivi et encouragent une participation plus active. Ainsi, depuis la révision de 2017, les organisations d'employeurs et de travailleurs soumettent eux aussi directement leurs rapports¹²⁷, permettant d'enrichir quantitativement et qualitativement le recueil d'informations. Une participation active de la part de ces organisations d'employeurs et de travailleurs réaffirme et renforce le cadre de dialogue et de coopération tripartite.

De surcroît, la révision de 2017 prévoit une procédure d'interprétation des principes de la Déclaration ce qui permet un engagement plus actif et informé de la part des signataires et une interaction entre eux et l'organisme de l'OIT chargé du suivi et de la promotion. Ce qui permet un meilleur suivi et une meilleure promotion de l'application de la Déclaration par toutes les parties incluses.

B. Les mécanismes de suivi prévus par les instruments onusiens

¹²⁶ Rapport régionaux pour l'Afrique précise qu'en 2019 «[a]u total 53 réponses ont été reçues des mandants de 26 des 54 États Membres participant à la Réunion régionale: 31 % des gouvernements, 13 % des employeurs et 31 % des travailleurs. Par rapport à 2015, le taux de réponse des mandants de la région a été légèrement supérieur pour les gouvernements, légèrement inférieur pour les organisations de travailleurs et beaucoup plus faible pour les organisations d'employeurs».

Pour une analyse plus détaillée de la participation des États d'Afrique de l'Ouest, Cf. BIT, «Entreprises multinationales développement et travail décent», Rapport sur la promotion et l'application de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale en Afrique Deuxième cycle de rapports régionaux (2018-2021), 2019, 14e Réunion régionale africaine Abidjan, Côte d'Ivoire, p.17
Cf. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_724154.pdf>

¹²⁷ Les contributions des organisations des employeurs et des travailleurs sont soumises à l'Unité des entreprises multinationales et de l'engagement auprès des entreprises du Département des entreprises.

Dans le document de l'UNRISD intitulé " *Responsabilité sociale et encadrement juridique des sociétés transnationales : Synthèse I* " ¹²⁸ : l'UNRISD appelle l'ONU à " *renforcer les procédures visant à contrôler le respect des normes de l'OIT et des normes internationales relatives aux droits de l'homme, à favoriser les procédures de dépôt de plaintes (...)* ". Une réforme est intervenue en 2006, cherchant à établir un contrôle a posteriori pour vérifier la mise en œuvre des principes énoncés par le Pacte Mondial par les entreprises adhérentes. Il faut rappeler que depuis 2003, les entreprises devraient déjà rendre des rapports annuels dits *Communication on Progress* (COP). Mais ce contrôle de l'application du Pacte a été renforcé en 2006 par la création de trois volets. Premièrement, la réforme prévoit l'interdiction de l'emploi abusif du logo de l'ONU¹²⁹, avec des sanctions prévues comme la révocation du statut de participant, la poursuite judiciaire et la saisine des autorités gouvernementales. Deuxièmement, les sociétés ne présentant pas leur rapport (COP) peuvent être signalées comme « *inactives* » ou « *non communicantes* ». Troisièmement, une procédure fondée sur un dialogue contradictoire permettant de traiter les allégations d'utilisations "*abusives, systématiques ou flagrantes des buts et principes généraux*" du Pacte est mise en place¹³⁰. Cette nouvelle procédure de contrôle, tout comme celle prévue dans le cadre de la Déclaration sur les EMN de l'OIT, se base sur les rapports soumis par les participants, en l'occurrence les STN. De ce fait, cette procédure peut sembler incomplète. Ainsi la procédure de contrôle ne prévoit aucune sanction juridique contraignante visant à assurer un véritable changement de comportement des STN¹³¹. Toutefois, malgré ces limitations, cette réforme permet en s'attaquant à l'image des sociétés transnationales de les responsabiliser et de les encourager à rendre des comptes à une entité internationale tierce.

¹²⁸ Rapport de l'UNRISD, « *Responsabilité sociale et encadrement juridique des sociétés transnationales : Synthèse I* », Genève, avril 2005

¹²⁹ Cette pratique consiste à utiliser le logo de l'ONU, ou du Pacte mondial comme tampon de certification, sans effectivement s'engager, ou malgré l'inactivité de l'entreprise quant à la soumission des rapports. E. MAZUYER, « Pacte mondial des Nations Unies » In: N. POSTEL (ed.), R. SOBEL, (ed.) *Dictionnaire critique de la RSE*. Villeneuve d'Ascq : Presses universitaires du Septentrion, 2013, pp. p. 337-340, §8-15

¹³⁰ K. MARTIN-CHENUT, « Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises : les 'Principes Directeurs des Nations Unies' », *op.cit* p. 235

¹³¹ La seule sanction étant, comme indiqué précédemment, "*la déclaration de l'entreprise comme inactive, ou sa radiation de la liste des adhérents, ce qui lui fait perdre le droit d'utiliser le logo et de participer aux activités du Pacte*".

E. MAZUYER, « Pacte mondial des Nations Unies », *op.cit.* , §13.

Il faut également évoquer le mécanisme de suivi instauré en 2011 chargé du contrôle de l'application du Rapport de Ruggie¹³². Le mécanisme est soutenu par l'instauration d'un Groupe de travail de cinq experts indépendants nommés pour trois ans au sein du Conseil des droits de l'Homme et représentant les cinq continents¹³³. Il s'agit de procédures de surveillance de l'application du Rapport par les STN signataires, mais la voie à des plaintes pour les victimes reste toujours inaccessible.

D'autres mécanismes onusiens existent. Ils ne sont pas expressément prévus pour cette fonction mais peuvent être utilisés en matière de protection des droits humains contre les abus des STN, tel que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, et le Comité des droits de l'Homme. Toutefois, ces procédures peuvent être disparates, incomplètes, voire inefficaces ou encore favorables aux STN mais sont souvent coûteuses et difficilement accessibles aux victimes¹³⁴.

C. Les points de contact nationaux instaurés par l'OCDE

S'agissant du contrôle des activités des sociétés dans leurs pays d'immatriculation, il existe un mécanisme de plainte au sein de l'OCDE. Ce mécanisme n'est pas pour l'instant une véritable juridiction, et ne représente donc pas un moyen de poursuivre effectivement une STN¹³⁵. Par ailleurs, l'OCDE met en place les Points de Contact Nationaux (PCN), des structures gouvernementales créées pour la promotion de l'adhésion et de l'application par des sociétés multinationales des Principes directeurs. Les Points de Contact Nationaux sont chargés d'aider

¹³² La Résolution du Conseil des droits de l'Homme approuvant des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, instaure en même temps le mécanisme de suivi.
Conseil des droits de l'Homme, Résolution A/HRD/RES/17/4 du 6 juillet 2011

¹³³ *Ibid.* considérant 6.

¹³⁴ M. ÖZDEN, « État des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des "Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises" », *op.cit.* p. 39

¹³⁵ L'OECD Watch est un réseau international de 47 ONG, dont le but est de faciliter l'utilisation par la société civile des Principes directeurs et d'impliquer les ONG dans le travail du Comité d'Investissement de l'OCDE. L'OECD Watch a mené une enquête sur l'efficacité des Principes directeurs et a publié son rapport en septembre 2005. Le rapport constate que : « *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales ne sont pas un instrument adéquat pour enrayer les mauvais comportements des entreprises* ».

Le rapport n'étant plus disponible, cité par M. ÖZDEN, « État des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des "Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises" », *op.cit.* p. 26

les STN et leurs actionnaires dans leur application des Principes directeurs, et fournissent une plateforme de médiation et de conciliation. En agissant directement auprès des sociétés mères, ce volet des PCN peut conduire à la prévention des violations potentielles dans les États d'immatriculation mais aussi par leurs sociétés filles dans les États hôtes. De plus, les ONG peuvent y soumettre leurs rapports sur les activités des entreprises, permettant ainsi une supervision extérieure.

Toutefois, il faut noter que selon le rapport de l'OECD Watch, certains PCN se sont récusé de leurs fonctions, déclarant ne pas vouloir rentrer en conflit avec les entreprises accusées de violation des Principes directeurs. Notamment, le PCN du Royaume Uni déclare que "*son rôle n'était pas de sanctionner ou d'amener les entreprises à lui rendre des comptes*" supprimant par-là tout effet dissuasif de la procédure¹³⁶. Le PCN des États-Unis affirme cette vision.

Section 2. Les domaines juridiques adjacents protecteurs des STN : le droit international économique

Les finalités principales du droit international économique ont été et restent toujours la promotion, l'encouragement et la facilitation du marché international. Par définition, les considérations relatives aux droits de l'Homme et à l'environnement peuvent faire obstacle à ces échanges et ralentir l'expansion économique. De ce fait, à première vue, les obligations en matière de droits de l'Homme et de l'environnement semblent incompatibles aux buts et aux instruments utilisés par le droit international économique, que ce soit dans l'ordre juridique international (Paragraphe 1) ou au terme des transpositions de ces principes en droit interne (Paragraphe 2). Toutefois, depuis quelques années, plusieurs initiatives apparaissent visant à concilier ces deux domaines antinomiques et leurs approches.

¹³⁶ *Ibid.* p.27

Paragraphe 1. Le contexte du droit international économique et des investissements : les normes uniquement orientées vers la protection des STN

Le droit international économique prescrit diverses protections aux STN. Il s'agit des dispositions normatives protectrices (A), et celles interagissant sur le niveau procédural (B).

A. Les traditions normatives protectrices des STN

Trois organisations économiques internationales parmi les plus importantes que sont l'OMC, le FMI et la Banque Mondiale disposent de pouvoirs¹³⁷ et de budgets importants¹³⁸. La Banque mondiale et l'OMC se situent au sommet des deux domaines de droit international économique, droit commercial international et droit international des investissements, déterminant leur direction et leurs finalités. Il faut examiner dans quelle mesure l'encadrement de ces deux institutions, l'OMC (1) et le CIRDI (2), peut permettre le développement des considérations des droits de l'Homme et pour les États de l'Afrique de l'Ouest d'en assurer réellement le respect par les STN étrangères.

1) L'encadrement de l'OMC faisant obstacle aux considérations des droits de l'Homme

S'agissant de l'OMC, l'organisation étant fondée sur le principe de l'égalité des États, la puissance ou le développement économique de ces derniers ne devrait en théorie pas affecter leur niveau de participation dans l'élaboration des règles de l'OMC, basées sur le consensus et le

¹³⁷ Le Groupe de la Banque Mondiale et le Fonds monétaire international (FMI), ont été créés lors de la Conférence de Bretton Woods, en 1944. Leurs missions sont complémentaires, mais leurs mandats sont différents. Le mandat du Groupe de la Banque Mondiale est de fournir des financements, des conseils stratégiques et une assistance technique aux pays en développement, tandis que le FMI se focalise sur la coopération monétaire internationale, suit l'évolution économique à l'échelle mondiale et nationale, et apporte une assistance financière.

Toutes les deux ont des compétences larges qui touchent de multiples dimensions de la sphère économique internationale. Mise à part l'analyse des situations concernant la stabilité économique et financière internationale, régionale et nationale, ils décident de la conditionnalité des programmes d'aides, des programmes de réduction de la dette extérieure, de la pauvreté.

Cf. le site de la Banque mondiale, <<https://www.banquemondiale.org/fr/about/history/the-world-bank-group-and-the-imf>> ; le site du FMI, <<https://www.imf.org/fr/About/Factsheets/Sheets/2016/07/27/15/31/IMF-World-Bank>>

¹³⁸ FMI, Rapport annuel 2019, «Un monde connecté», p. 84; Groupe de la Banque mondiale, BIRD et IDA, Rapport annuel 2019, « Mettre fin à la pauvreté, investir dans les opportunités; traité par région, pour Afrique » p. 22

principe “d’un État égal une voix”. Toutefois, deux-tiers des pays en développement (PED) et la plupart de pays les moins avancés (PMA) n’ont pas de délégation permanente au siège de l’OMC, à Genève. En ce sens, leur participation à la négociation et à la préparation des règles en est affectée. En plus de cette exclusion, la puissance et l’influence des membres¹³⁹ représentant les pays développés assurent que les décisions au sein de l’OMC reflètent leurs intérêts et leurs positions¹⁴⁰.

L’autorité internationale de l’OMC repose sur l’Organe de Règlement des Différends (ORD), destiné à trancher les contentieux commerciaux interétatiques entre les membres. L’ORD est compétent pour sanctionner les États perdants de manière contraignante, ce qui en fait un réel facteur d’équité dans la sphère du commerce international. Toutefois, en raison de la lourde procédure de dépôt de plainte, de la nécessité d’expertise et de moyens financiers considérables, les recours déposés par les PED restent proportionnellement inférieur à ceux déposés par les pays développés¹⁴¹. Les recours interjetés par les PED augmentent mais ceux des pays les moins avancés restent presque inexistant¹⁴².

Nous pouvons ainsi conclure que même s’il est fondé sur un postulat d’égalité, l’encadrement de l’OMC ne permet pas une participation et une défense des intérêts juste et équitable envers tous ses membres. De plus, il faut préciser que les décisions de l’ORD sont basées sur les Accords de l’OMC, créés pour la promotion et la réglementation du commerce

¹³⁹ L’Union européenne est elle-même membre de l’OMC, représentant ses États membres.

¹⁴⁰ Ceci sous-entend la présomption que le poids politique et ainsi l’influence de certains États est plus important que le poids d’autres. En plus de ce poids politique, une représentation permanente assure que les intérêts dudit État sont au moins entendus, sinon reconnus ou consacrés.

¹⁴¹ De plus, de part leur participation occasionnelle en tant que tierce partie, les PED restent une minorité de participants dans le contentieux devant l’ORD. En effet, *“il est vrai que dans la majorité des différends portés devant l’OMC à ce jour, le plaignant était un pays développé Membre, et il en va de même en ce qui concerne les défendeurs. Compte tenu du fait que la majorité des Membres de l’OMC sont des pays en développement, on pourrait en déduire que les pays développés font un usage disproportionné du système de règlement des différends”*. Cf. le site officiel de l’OMC, <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_settlement_cbt_f/c11s1p1_f.htm>

¹⁴² Selon le site de l’OMC, *“[à] ce jour, les pays les moins avancés Membres n’ont participé ni en tant que plaignants ni en tant que défendeurs des différends soumis à l’OMC”*. Ibid.

international, ne prennent pas en compte le principe de précaution¹⁴³, l'intérêt général, ni les droits humains. Notamment, ces règles du commerce international ne sont pas soumises aux Conventions internationales sur les droits humains et sociaux et sur l'environnement.

Un des nombreux exemples de cette incompatibilité normative est l'affaire du bœuf aux hormones¹⁴⁴ opposant les États-Unis et la Communauté européenne. Dans cette affaire l'ORD a manqué l'occasion de retenir l'importance du principe de précaution et d'inscrire par ce fait les considérations environnementales dans le droit de l'OMC. Ces lacunes normatives en matière environnementale et particulièrement en matière de droits de l'Homme au sein de l'OMC absolvent d'une part les États de leur responsabilité et de l'autre limitent leur pouvoir d'en assurer le respect dans leurs échanges commerciaux. L'immiscion des États neutralisée, les multinationales peuvent profiter de la libéralisation des échanges quasiment sans contrainte. Par exemple, ce sont les STN qui ont le plus bénéficié de l'ouverture à la concurrence internationale des services précédemment réservés au domaine public¹⁴⁵.

2) L'encadrement CIRDI favorable aux intérêts des STN

¹⁴³ Depuis son apparition, dans le droit allemand dans les années 1970, le principe de précaution a été défini par de nombreux instruments juridiques nationaux ou internationaux. Par principe de précaution, nous entendons généralement une obligation de prendre des mesures appropriées lorsqu'il existe des raisons suffisantes de croire qu'une activité ou un produit risque de causer des dommages graves et irréversibles à la santé ou à l'environnement. La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement précise en effet que : "*Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement*".

Conférence des Nations Unies, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 juin 1992

¹⁴⁴ L'affaire des Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) porte sur la question de la sécurité alimentaire, et notamment le principe de précaution dans le conflit commercial entre les États-Unis et l'Europe. Le 12 juillet 1999, l'ORD rend sa décision : il ne retient pas la pertinence du principe de précaution, et autorise les États-Unis à taxer des produits européens. ORD, *affaire Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Communautés européennes c. États-Unis, n° DS26

¹⁴⁵ P. ex., le cas de Suez et Vivendi et l'accès à l'eau, CIRDI/CNUDCI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, aff. n° ARB/03/19, décision sur responsabilité 30 juillet 2010; Nous pouvons aussi mentionner à titre d'exemple le cas de la condamnation fictive de la compagnie américaine Monsanto pour l'écocide par le Tribunal citoyen à la Haye, en avril 2017.

En ce qui concerne les investissements internationaux, après un bref rappel du contexte dans lequel se situe le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), nous allons examiner le cadre normatif protecteur des STN.

Le CIRDI a été instauré par la Convention du CIRDI¹⁴⁶ au sein de la Banque mondiale. Le FMI et la Banque mondiale conditionnent leurs offres d'assistance aux États en difficulté, en exigeant des ajustements structurels pour rendre les législations internes plus propices aux affaires et protectrices des STN¹⁴⁷. Étant intrinsèquement lié à la Banque mondiale, le CIRDI représente avant tout un allié important des investisseurs étrangers, et donc des sociétés transnationales. De plus, la Convention CIRDI ne contient aucune norme relative aux droits humains et à l'environnement.

Contrairement à l'OMC, qui est un forum multilatéral, le droit international des investissements est particulièrement marqué par les rapports bilatéraux dont l'instrument le plus utilisé est le traité bilatéral d'investissement (TBI). Les TBI, signés entre deux États, prévoient la protection des investissements fixant des droits directement reconnus aux investisseurs étrangers et les obligations des États d'accueil. Le traité, en tant qu'instrument, représente l'ensemble des dispositions qui posent des prestations à la charge des parties. En théorie, les États parties sont parfaitement libres de déterminer l'étendue de la protection de leurs investissements respectifs. En ce sens, rien ne s'oppose à l'inscription des droits reconnus aux États, et des obligations reconnues aux investisseurs. Mais jusqu'à récemment, avec les TBI de nouvelle génération¹⁴⁸, l'intention était claire : les investissements devraient bénéficier d'un bon traitement¹⁴⁹ et d'une protection de la part de l'État. Historiquement, les privilèges reconnus aux investissements

¹⁴⁶ La Convention CIRDI est un traité signé par 163 États et ratifié par 154 États contractants. Elle est entrée en vigueur le 14 octobre 1966.

¹⁴⁷ De plus, la Banque mondiale et sa politique peuvent avoir un effet considérable sur les pays, même en dehors de mesures directement prises par elle-même. P.ex., le rapport annuel "*Doing Business*" de la Banque mondiale, classe les pays selon le caractère favorable de leurs droits internes à l'investissement privé. Ce classement est utilisé par la suite comme indicateur cible par plusieurs meneurs de projets de développement. De ce fait, il est tout à fait envisageable que les pays soient pénalisés s'ils ne se conforment pas aux mesures proposées par la Banque mondiale, ou qui disposent d'un cadre juridique protecteur des travailleurs par exemple.

¹⁴⁸ TBI Maroc-Nigéria, signé en 2016, impose des obligations à l'investisseur, relatives au principe de précaution, la gestion de l'environnement, le respect des Droits de l'Homme.

¹⁴⁹ Nous pouvant citer plusieurs clauses classiques, toutes protégeant l'investisseur : clause de traitement national, clause de la nation la plus favorisée, clause de couverture, clause de traitement juste et équitable, clause de sécurité pleine et entière, clause relative à l'expropriation.

étaient interprétés de manière extensive, paralysant ensuite tout comportement préjudiciable des autorités étatiques.

Sur le fond, ce déséquilibre peut être aménagé par la reconnaissance d'obligations envers les investisseurs et de droits envers les États, ce qui nécessite la révision des anciens instruments ou que de nouveaux apparaissent, sous réserve que ceux-ci s'alignent avec l'idéologie de rééquilibrage. En attendant, il faut tout de même noter que depuis 2010, émerge un mouvement de remise en question du statu quo. De plus, certaines sentences arbitrales ont déjà appliqué une analyse des règles substantielles de protection des investissements à travers le prisme de l'intérêt général renforçant ainsi la position de l'État face aux STN¹⁵⁰.

B. La tradition protectrice de l'investisseur dans le cadre de la procédure arbitrale

En ce qui concerne les prérogatives procédurales protectrices des multinationales, l'Organe de règlement des différends de l'OMC n'est ouvert qu'aux États membres et non pas aux personnes privées. Nous allons donc nous focaliser sur la tradition protectrice des investisseurs en arbitrage. Cette section est consacrée au diagnostic du système arbitral, qui est fortement privilégié par les acteurs du droit international des investissements mais dont les effets sont profondément déséquilibrés.

L'arbitrage comme mode de règlement des différends est davantage utilisé d'année en année, que ce soit en Afrique ou ailleurs¹⁵¹. Ainsi, l'arbitrage est choisi par l'investisseur pour les avantages préférentiels qui lui sont offerts, comme la souplesse de la procédure, adaptable aux besoins des parties, et la spécialisation des arbitres¹⁵². Un des avantages les plus importants offert en arbitrage d'investissements est la délocalisation du litige pour éviter les juridictions nationales locales. L'indépendance et l'impartialité des arbitres sont aujourd'hui remises en question,

¹⁵⁰ P. ex., CIRDI, *affaire CMS Gaz c. Argentine*, sentence sur le fond du 12 mai 2005, n° ARB/01/8

¹⁵¹ Nous pouvons noter une multiplication des centres d'arbitrage, en Afrique de l'Ouest, dans les pays de la zone OHADA : au Burkina Faso - Centre d'arbitrage, de médiation, et de conciliation de Ouagadougou ; Côte d'Ivoire : Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire; Cameroun : Centre d'arbitrage
De l'autre côté, le Centre d'arbitrage CCJA soumis au règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et de l'Arbitrage de l'OHADA.

¹⁵² L'intervention de Me Capucine du PAC de MARSOULIE, sur le règlement des différends, dans le cadre du Diplôme d'université Droit international économique en Afrique, Centre de formation permanente, Université Paris 2 Panthéon-Assas, année scolaire 2019/2020

notamment en raison du profil des arbitres, majoritairement d'origine occidentale¹⁵³. Malgré le fait que les acteurs locaux sont les plus aptes à résoudre des différends locaux, très peu d'arbitres d'origine africaine sont nommés par les parties ou les centres¹⁵⁴.

De plus, comme nous l'avons précédemment énoncé dans le cadre de l'OMC, les coûts des recours de règlement des différends peut être exorbitant pour certain États en difficulté. L'arbitrage a été longtemps perçu comme l'une des procédures les moins coûteuses, mais ce constat est aujourd'hui discutable¹⁵⁵.

Un autre attrait important de la procédure arbitrale se rapporte à son caractère confidentiel, contrairement à la justice étatique qui est publique pour assurer son impartialité. La confidentialité sert les intérêts privés au détriment des intérêts publics¹⁵⁶. De plus, l'absence de transparence en arbitrage nuit à son efficacité, sa légitimité et la cohérence de sa procédure. Pour ces raisons, le principe de confidentialité¹⁵⁷ a été remis en question et une tendance à la « déconfidentialité » partielle des procédures apparait, avec la publication des certaines sentences ou d'accords des parties au différend. Cette évolution forcée conduit à des règles hétérogènes, à un principe de transparence non-atteint et incertain, et à une insécurité juridique¹⁵⁸.

D'autres caractéristiques du système arbitral, tel que le risque de contradiction entre les sentences ou la pratique du « *treaty shopping* » ont amené certains États à adopter des mesures de désengagement, partiel ou total. Ainsi, certains États d'Amérique latine tendent à se retirer de la Convention instituant le CIRDI, et à préférer leurs juridictions nationales. Cette réticence se

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Un rapport de l'ONG Corporate European Observatory constate que les arbitres sont majoritairement d'Europe occidentale, ensuite d'Amérique du Nord ; Des arbitres d'origine africaine CCI (2%); CIRDI (2,8%). Cité par Me Capucine du PAC de MARSOUILLIE, *ibid.*

¹⁵⁵ P. ex., pour CCI les coûts représentent entre 2.294.000 \$ et 2.588.000 \$, dont 83% d'honoraires des conseils juridiques, frais, témoins, experts... Depuis les nouvelles règles CCI de 1er mars 2017, les coûts ont été réduits, mais restent toujours principalement déterminés par les coûts extérieurs.

Cf. <[¹⁵⁶ La confidentialité limite fortement la possibilité d'intervention ou d'analyse de la part de la doctrine ou de la société civile, cette dernière généralement très critique des agissements des STN.](https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/icc-arbitration-cost-calculator/#:~:text=Les%20r%C3%A9sultats%20doivent%20%C3%AAtre%20identiques,600%20par%20heure%20(haute).&text=L'arbitrage%20CCI%20moyen%20n%C3%A9cessite,en%20fonction%20de%20sa%20complexit%C3%A9.>></p></div><div data-bbox=)

¹⁵⁷ Dans le cadre de la CCI, la procédure est souvent confidentielle sauf en cas d'accord des parties. De même, s'agissant de la CIRDI, le principe est la confidentialité de la sentence sauf en cas d'accord des parties.

¹⁵⁸ A. REMY, *L'Arbitrage International, entre Confidentialité et Transparence*, Marie GORÉ (dir.), mémoire rédigé dans le cadre du Master 2 de Droit Européen Comparé, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2013, p. 46.

manifeste soit par la renégociation des TBI, soit par le fait que les États renoncent à faire figurer dans ces Traités des clauses d'arbitrage mixtes. M. le Pr. Yves Nouvel¹⁵⁹ note un rejet très net de l'arbitrage, avec un recours à des mécanismes antérieurs à la Convention de Washington. Ce rejet est conséquent même s'il ne concerne, selon lui, qu'un petit nombre d'États pour le moment.

Certains praticiens noteront les réticences de certains États africains, avec l'apparition des législations consacrant l'idée d'un certain nationalisme des ressources naturelles ou visant la protection des infrastructures essentielles, dans des pays tel que l'Afrique de Sud, la Tanzanie¹⁶⁰. Ces mesures peuvent s'expliquer par la nécessité de protéger certains secteurs économiques du système arbitral. Un autre constat relativise ces discours sur la frilosité des pays africains. En effet, l'augmentation des recours en arbitrage dans et/ou concernant les pays africains est justifiée sur le plan juridique par le fait que les États africains disposent de législations modernisées et adaptées, que ce soit sur le plan national ou par la nouvelle réforme de 2017 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage de l'OHADA¹⁶¹. On perçoit donc un renforcement du soutien du système arbitral non seulement par les investisseurs mais aussi par les États qui y consentent.

Ces comportements, dits « *réticents* », ouvrent des pistes pour la révision du système arbitral, le rééquilibrage des positions et la réaffirmation du rôle de l'État. Dans un régime où le déséquilibre est inhérent, nous pouvons voir se manifester des tendances issues de la théorie du droit administratif global¹⁶². En toute hypothèse, ce mouvement ne va pas jusqu'à la création d'obligations à la charge des investisseurs. Comme nous l'avons précédemment mentionné, les instruments restent des instruments de protection des investisseurs, mais il vient en quelque sorte

¹⁵⁹ Y. NOUVEL, Cours magistral de droit international économique, dans le cadre de la maîtrise en droit international, Université Paris 2 Panthéon-Assas, année scolaire 2018/2019

¹⁶⁰ Notamment, l'Afrique du Sud a adopté une loi en 2015, Protection of Investment Act, l'empêchant de consentir à l'arbitrage international avec un investisseur. République de l'Afrique de Sud, loi n° 39514 du 15 décembre 2015, *Protection of Investment Act*, publiée par Gouvernement Gazette, 15 décembre 2015

La Tanzanie a adopté une loi en 2017 portant la création des tribunaux tanzaniens, se substituant aux tribunaux arbitraux dans les affaires portant sur la richesse et les ressources naturelles. République unie de Tanzanie, loi n° 5 du 2017, du 7 juillet 2017, sur la richesse et les ressources naturelles (Souveraineté permanente), publiée par Gazette of the United Republic of Tanzania n° 27, vol 98, 7 juillet 2017

¹⁶¹ M.K. AKAPKO, «La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA», *L'Harmattan*, 2017

¹⁶² F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, volume 56, 2010. pp. 607-654

rationaliser le pouvoir d'interprétation très vaste dont disposaient les arbitres¹⁶³. Plusieurs décisions arbitrales “ont affiché une déférence certaine envers les compétences étatiques souveraines, qui n'exclut pourtant pas le contrôle de leur exercice”¹⁶⁴. Dans une optique de rééquilibrage, nous noterons les efforts faits par les tribunaux arbitraux pour identifier dans les traités des obligations pour les investisseurs¹⁶⁵, comme l'obligation sur le respect de la loi, l'obligation de due diligence, et des droits reconnus pour les États sur le droit d'initier des enquêtes et des poursuites pénales contre l'investisseur¹⁶⁶. De plus le tribunal arbitral adopte une interprétation de la clause de stabilisation plus protectrice des États¹⁶⁷.

Paragraphe 2 : Le droit interne des États de l'Afrique de l'Ouest incitatif des investissements étrangers

Il est question ici d'examiner la transposition des règles du droit international des investissements en droit interne, et de voir comment ces codes d'investissements incitatifs des investissements étrangers ont évolué. Traditionnellement, les codes d'investissement reconnaissent une multitude de privilèges aux STN (A), mais commencent tout de même à évoluer (B), opposant petit à petit des obligations aux investisseurs étrangers, sans pour autant révolutionner le domaine.

A. Les privilèges reconnus aux STN

¹⁶³ Les tendances de rééquilibrage vont être analysées plus profondément dans la partie II. Nous pouvons cependant remarquer à ce stade, l'aménagement des dispositions régissant la compétence et la procédure de règlement des différends. Ainsi, le comportement des arbitres envers ces règles, leur interprétation et leur application changent. *Ibid.* pp. 609-614

¹⁶⁴ *Ibid.* p. 609.

¹⁶⁵ CIRDI, *Alasdair Ross Anderson e.a. c. Costa Rica*, ARB(AF)/07/3, sentence du 19 mai 2010, § 58

¹⁶⁶ CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, aff. n° ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 297 ; CIRDI, *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA et Allan Fosk Kaplún c. Bolivie*, aff. n° ARB/06/2, 26 février 2010, §§ 121 et s., 164

¹⁶⁷ Le tribunal arbitral dans l'affaire Total note l'importance de la stabilité et de la prévisibilité d'un cadre juridique. Le tribunal précise tout de même que l'État, en consentant à une clause de stabilisation, ne perd pas le droit ni la « responsabilité » de légiférer en fonction de l'évolution des besoins et vœux de sa population. Dans ce sens la clause de stabilisation est interprétée de manière plus protectrice de l'État.

CIRDI, *Total SA c. Argentine*, ARB/04/01, décision sur la responsabilité, 27 décembre 2010, § 114, 115

À la suite d'une analyse des privilèges accordés dans les codes d'investissements (1), nous allons voir comment cette attitude protectrice des STN s'est traduite dans les relations contractuelles entre les États et les investisseurs étrangers (2).

1) Les privilèges accordés dans les codes d'investissements

Les codes d'investissement sont des instruments qui complètent la protection assurée par le droit international. En Afrique, s'agissant majoritairement des pays en voie de développement, les codes d'investissement se présentent sous forme d'instruments d'incitation¹⁶⁸ censés attirer les investisseurs étrangers en offrant un cadre juridique propice et accueillant. Toutefois, il faut noter que le domaine minier est habituellement issu d'un régime spécifique nécessitant l'obtention, soit d'un titre minier, soit d'une autorisation. Cette condition préalable existe pour tout investisseur, étranger ou national¹⁶⁹.

De manière générale, les mesures d'incitation peuvent être d'ordre substantiel (α) et d'ordre juridictionnel (β).

α : Les mesures d'incitation d'ordre substantiel

Les codes incitatifs reconnaissent une grande liberté aux STN et contiennent peu de restrictions visant les investisseurs étrangers. Les dispositions incitatives concernent toutes les étapes de l'installation de l'investissement¹⁷⁰ jusqu'à sa fin, avec les dispositions sur les

¹⁶⁸ À distinguer des instruments de contrôle d'admission. Notamment, les codes incitatifs sont ceux par lesquels l'État d'accueil accorde à l'investisseur étranger un traitement préférentiel. Ce traitement ne porte pas atteinte au droit international, dès lors qu'il est librement consenti par l'État d'accueil. D'un autre côté, les codes qui ont une fonction d'instrument de contrôle sont ceux qui, dans le cadre de l'admission des investissements, ne créent ni de traitement préférentiel ni de traitement différentiel pour les investisseurs étrangers, qui sont donc assujettis au traitement national.

D'une manière générale, les législations introduisent deux régimes d'admission des investissements, ou bien un mélange des deux. Il s'agit du régime de libre admission permettant qu'un investissement étranger se constitue sans formalités particulières sur le territoire d'un État et le régime nécessitant l'autorisation préalable, pour certains ou tous secteurs d'activité.

¹⁶⁹ Article 8 alinéa 2 du Code minier de Burkina Faso : "...les personnes physiques ou morales désirant exercer une telle activité au Burkina Faso sont tenues d'obtenir au préalable, soit un titre minier, soit une autorisation délivrée dans les conditions prévues par le présent code." La disposition ne comporte pas de distinction relative à la nationalité de la personne voulant exercer une activité minière ; Loi n° 0362015/CNT portant Code minier, JO n° 44 du 29 octobre 2015

¹⁷⁰ Article 24 du Code d'investissement de Côte d'Ivoire : "L'État prend des mesures pour faciliter les formalités de réalisation de l'investissement". Ordonnance N°2018-646 du 1er Août 2018, portant Code d'investissement.

transferts des fruits de l'investissement librement transférables à l'étranger¹⁷¹. Nous pouvons y trouver des dispositions qui organisent le traitement favorable de l'investissement étranger ou au moins lui garantissant le même traitement qui est reconnu aux nationaux, notamment la clause de traitement national. Ce standard de traitement est reconnu dans le code d'investissement malien¹⁷².

Les codes incitatifs comprennent aussi des dispositions plus générales, offrant des garanties vastes et importantes touchant à la sécurité de l'investissement. La Charte des investissements centrafricaine contient un exemple de formulation générale : *"nulle expropriation, nationalisation ou réquisition d'une entreprise légalement établie, ne peut avoir lieu, sans que l'État n'ait fourni au préalable un motif et une indemnisation juste et équitable"*. Un autre exemple est la disposition contenue dans le code d'investissement Burkinabé : selon l'article 12, les entreprises étrangères *"jouissent d'un traitement juste et équitable, d'une sécurité et d'une protection constante, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation de leurs investissements"*.

Une disposition particulièrement importante pour les investisseurs étrangers est la « *clause de stabilisation* ». Elle offre une stabilisation de régime juridique pour l'investisseur, ne lui opposant que les dispositions les plus avantageuses existantes au moment de son installation. Généralement prévue dans les contrats d'investissement, certains États l'inscrivent dans leurs codes d'investissement, garantissant de ce fait l'application de son contenu à tout investisseur. C'est notamment le cas du code d'investissement de Mali en son article 8 portant sur la

¹⁷¹ Article 22 du : du Code d'investissement de Mali *"Les investisseurs étrangers sont autorisés à transférer librement à l'étranger sans autorisation préalable tous paiements afférents aux opérations courantes entre autres les bénéfices après impôts, les dividendes, les revenus salariaux, indemnités et épargne des salariés expatriés. Les transactions en capital et opérations financières telles que les cessions d'actions, de parts sociales, de fonds de commerce ou d'actifs, les parts de boni de liquidation, les indemnités d'expropriation sont libres mais doivent être soumises à déclaration auprès du ministère chargé des Finances."* Loi N° 2012-016 du 27 février 2012 Portant Code des investissements ;

Article 28 du Code d'investissement de Côte d'Ivoire : *"L'État autorise le transfert d'actifs se reportant aux investissements sous réserve de la régularité fiscale"*.

¹⁷² Article 6 alinéa 2 du Code des investissements de Mali : *"Les investisseurs étrangers reçoivent le même traitement que celui des investisseurs de nationalité malienne sous réserve des dispositions contraires aux lois ou aux traités et accords conclus par la République du Mali avec les États dont ils sont ressortissants."*

stabilité¹⁷³. Cette disposition est particulièrement avantageuse pour les STN, limitant le pouvoir de l'État de lui opposer toute future réforme potentiellement plus contraignante. Cette disposition pourrait empêcher l'État de satisfaire ses obligations en matière de protection des droits de l'Homme.

En ce qui concerne le régime fiscal et douanier préférentiel, de nombreux codes d'investissement comprennent des garanties fiscales pour des investissements effectués dans certains secteurs limitativement énumérés. Ces régimes fiscaux prévoient la durée et l'étendue des mesures préférentielles selon les caractéristiques des projets d'investissement qui s'y inscrivent.

Une autre possibilité est la création des zones économiques spéciales (ZES) définies comme des *“zones géographiquement délimitées dans lesquelles les gouvernements facilitent l'activité industrielle par des incitations fiscales et réglementaires et un soutien aux infrastructures”*¹⁷⁴. L'installation de ces zones permettrait le développement d'une économie plus diversifiée, moins dépendante des investissements lourds dans les industries extractives. Plusieurs États africains¹⁷⁵ ont déjà prévu la création de zones économiques spéciales, tels que le Burkina Faso et le Mali, en instituant un régime fiscal et douanier spécifique.

β : Les mesures d'incitation d'ordre juridictionnel

Les mesures d'incitation comprennent des dispositions juridictionnelles, notamment sur le règlement des différends par arbitrage. Ces dispositions présentent une offre d'arbitrage, que

¹⁷³ Article 8 Code des investissements de Mali : *“L'État s'engage à instaurer et à maintenir un environnement favorable aux investisseurs dont les projets sont agréés au présent Code.*

Les investisseurs jouissant des avantages prévus par la présente loi bénéficieront de toute nouvelle mesure législative ou réglementaire plus avantageuse qui serait adoptée postérieurement à la publication de la présente loi. Toutefois, l'option pour toute mesure nouvelle vaut pour l'ensemble des dispositions objet de la loi ou de la réglementation qui contient la mesure nouvelle jugée plus avantageuse.”

Les investisseurs jouissant des avantages prévus par la présente loi continueront à bénéficier de ces avantages, nonobstant toute nouvelle mesure législative ou réglementaire visant à supprimer ou atténuer ces avantages, qui serait adoptée postérieurement à la publication de la présente loi.”

¹⁷⁴ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), « World Investment Report 2019: Special economic zones », 2019a p. 128 <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2019_en.pdf>

¹⁷⁵ Le Maroc prévoit une ZES pour l'industrie automobile. Le Nigéria prévoit une ZES pour le raffinage du pétrole et le traitement du gaz ; l'Éthiopie pour la confection et l'industrie textile, intégrant les chaînes d'approvisionnement mondiales, Rapport CNUCED, 2019a, *op.cit.*

l'État ne peut pas retirer. Elles déterminent par avance que les différends nés de l'application du code seront tranchés par un tribunal arbitral dont la constitution peut être provoquée par l'investisseur étranger. Ces dispositions représentent une source de sécurité très importante pour l'investisseur.

Il s'agit désormais d'analyser les prérogatives auxquelles l'État consent dans ses relations contractuelles avec les investisseurs étrangers.

Les clauses les plus avantageuses pour les investisseurs sont la clause de stabilisation et la clause compromissoire, ou clause d'arbitrage. La première a pour objet de créer au bénéfice de l'investisseur un cadre juridique *ad hoc*, un régime exceptionnel. Son étendue est déterminée par la formulation de la clause, stabilisant seulement une partie de la législation de l'État d'accueil ou alors l'intégralité de celle-ci¹⁷⁶. L'État, en consentant à cette clause, offre un outil particulièrement important à l'investisseur. C'est pour cette raison que la majorité des États optent pour ce genre d'avantage dans un contrat plutôt que de le faire directement dans le code d'investissement, à l'image du Mali¹⁷⁷.

La deuxième clause susmentionnée, la clause compromissoire a pour objet de retirer la compétence du juge national pour trancher les litiges. Elle complète ou remplit les lacunes des dispositions sur le règlement des différends contenues dans les codes d'investissements. Cette clause est uniquement avantageuse pour les investisseurs car elle est autonome et survit à l'extinction du contrat dans lequel elle était contenue, empêchant l'État de s'en délier¹⁷⁸.

2) Les contrats miniers déséquilibrés

Tout d'abord il faut rappeler les différents types de contrats qui existent en la matière. En premier lieu, il y a la convention d'établissement. Elle est de moins en moins utilisée car elle est particulièrement bénéfique aux STN, et assez peu avantageuse aux États. Elle est généralement dérogoire du Code minier notamment en matière fiscale. En second lieu il y a la concession

¹⁷⁶ Cette clause ne dispose pas de la capacité de neutraliser la compétence souveraine d'un État de légiférer mais seulement d'opposer cette nouvelle législation moins avantageuse à son cocontractant.

¹⁷⁷ Article 8 du Code des investissements du Mali.

¹⁷⁸ Tribunal arbitral *ad hoc*, affaire *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence au fond du 29 janvier 1977

minière. Elle a évolué dans le temps et offre un mode de gestion de l'exploitation minière par lequel l'État accorde des prérogatives à un investisseur pour avoir un droit de jouissance sur les mines. En troisième lieu, la *joint-venture* entre l'État et les sociétés minières, suppose que l'État s'implique directement dans les activités minières depuis la phase de recherche et participe aux coûts. Ce type de contrat permet une participation plus active de la part de l'État mais son rôle¹⁷⁹ peut être discutable. En quatrième lieu, le Contrat de partage de production est utilisé le plus souvent dans le domaine pétrolier. En certains aspects, il est inadapté au contrat minier. Sa caractéristique principale est qu'il définit de manière anticipée une clef de répartition des ressources découvertes entre l'État et les investisseurs miniers. En cinquième lieu la convention minière, qui obtient la faveur de nombreux gouvernements Africains. Elle est non dérogoire au Code minier et définit les droits et les obligations de l'investisseur et de l'État ainsi que leurs garanties. D'une manière générale, la convention minière complète le Code Minier et le Décret d'Application.

Il en suit l'analyse de contrats miniers déséquilibrés qui ont été utilisés pendant longtemps. Plus précisément, il s'agit de la convention d'établissement et de la concession minière.

La convention d'établissement est les plus anciens types d'accord. Il a servi de modèle aux premiers contrats miniers¹⁸⁰ en Afrique, dans des pays tels que la Côte d'Ivoire, le Sénégal, le Mali, le Togo¹⁸¹, le RDC, le Gabon, la Mauritanie, etc. Ces conventions étaient utilisées pour attirer le maximum d'investisseurs afin de développer les activités minières¹⁸² en accordant aux investisseurs des avantages fiscaux et douaniers dérogoires au droit commun¹⁸³. Il s'agit de conventions de très longue durée passées entre l'État et un investisseur pour effectuer des programmes de recherche et d'exploitation de grande envergure. Plusieurs caractéristiques de ce type de convention démontrent le déséquilibre entre les parties. Elles offraient notamment le

¹⁷⁹ Le rôle de l'État en tant que régulateur peut être confondu par ses activité en tant qu'acteur minier.

¹⁸⁰ Ces conventions minières ont été retenues dans la majorité des pays Africains après leur indépendance, et ont été utilisées entre 1960 et 1990.

¹⁸¹ Les conventions d'établissement comme type de contrat tendent à disparaître, sauf au Togo dont le régime fiscal est dérogoire du droit commun.

¹⁸² Concerne l'entièreté des projets miniers, de la phase de recherche à la phase d'exploitation.

¹⁸³ Nécessitant une approbation par la loi.

transfert de la propriété des ressources minérales aux investisseurs moyennant paiement de redevances et taxes à l'État. Les investisseurs étaient autorisés à rapatrier tous leurs bénéfices. S'agissant du régime fiscal, la convention d'établissement garantissait l'instauration d'un système d'assurance pour la protection des investissements, garantissant notamment la stabilité du régime fiscal pendant la durée du contrat, le rapatriement des dividendes et la non-expropriation. Les privilèges et les protections de la convention pouvaient être cumulées avec celles du code d'investissement, ce qui entraînait d'importants inconvénients pour l'État hôte. Tels que la perte de gains fiscaux et l'impossibilité d'instauration de projet de croissance à long terme.

La Concession minière porte exclusivement sur la phase d'exploitation. Le contrat est accordé à l'investisseur pour des périodes quinze à vingt ans, selon l'importance du gisement. Initialement, le concessionnaire agissait au nom et pour le compte de l'État et bénéficiait de prérogatives exorbitantes négociées, notamment en matière fiscales et douanières. La convention était dérogatoire du Code minier et du droit commun, et devait donc être approuvée par une loi. Ce type de contrat a évolué mais est toujours utilisée au Sénégal, au Burkina Faso et dans de nombreux autres États d'Afrique. Aujourd'hui la concession est encadrée par la loi minière et la réglementation minière. Elle accorde notamment un régime fiscal un peu plus allégé que celui des permis miniers, compte tenu de l'ampleur des travaux d'exploitation et des investissements réalisés.

B. L'apparition progressive des obligations des investisseurs étrangers

Nous allons tout d'abord mentionner les domaines dans lesquels les nouvelles obligations apparaissent dans les codes d'investissements (1), pour ensuite examiner les tentatives d'aboutissement à un certain rééquilibrage entre les parties dans le cadre des contrats minier (2).

1) Les codes d'investissements contenant des obligations des investisseurs étrangers

Depuis un certain temps, des réformes nationales des codes d'investissements font preuve d'une volonté de réaffirmer la protection de certains secteurs de l'emprise que peuvent avoir les investisseurs étrangers¹⁸⁴. Ces réformes tentent de répondre aux enjeux majeurs que représentent les IDE en Afrique. Les principales questions juridiques traitées par les réformes sont liées à l'emploi d'une main d'œuvre locale, ou la délégation des activités de sous-traitances aux entreprises nationales ou constituées des nationaux. Un exemple de loi dans ce domaine est la loi de 2017 de la République démocratique de Congo¹⁸⁵ qui réserve l'exclusivité des activités de sous-traitances aux nationaux ou aux sociétés constituées uniquement par les nationaux.

Le code d'investissement réformé de Burkina Faso¹⁸⁶, dans son article 3 pose la promotion de l'emploi et la formation d'une main-d'œuvre nationale qualifiée comme l'un des objectifs du code. Cette disposition dans le code burkinabé est assez novatrice et se distingue des autres codes nationaux par la précision relative à l'intention d'emploi des locaux. Notamment, nous pouvons noter que les codes d'investissement du Togo,¹⁸⁷ du Mali¹⁸⁸ ou de la Côte d'Ivoire¹⁸⁹ ne contiennent aucune mention semblable.

Le décret 2019-263 de Guinée¹⁹⁰ s'inscrit dans cette mentalité innovatrice, en mettant en priorité tout projet d'investissement utilisant les services et matériaux locaux, participant à la formation des cadres nationaux, faisant émerger une main d'œuvre nationale, et effectuant les transferts de compétence et de technologie.

¹⁸⁴ P. ex., nous pouvons citer l'article 5 du code d'investissement Burkinabé qui dispose que : “[c]ertains secteurs d'activités peuvent faire l'objet de restrictions à l'investissement direct étranger. Dans ce cas, les entreprises étrangères qui souhaitent investir dans lesdits secteurs peuvent être soumises à des procédures particulières qui sont précisées par voie réglementaire.” Burkina Faso, 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.

¹⁸⁵ République démocratique de Congo, loi n°2017-01 du 8 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé

¹⁸⁶ Burkina Faso, Code des investissements *op.cit.*

¹⁸⁷ Le Code d'investissement du Togo dispose que son but est de favoriser la création d'emplois pérennes et qualifiés. République togolaise, Loi n°2012-01 du 20 janvier 2012 portant Code des Investissements

¹⁸⁸ Le Code d'investissement du Mali énonce dans son article 1er que : “Le présent Code vise à promouvoir les investissements au Mali par: la création des emplois, la formation des cadres et d'une main-d'œuvre qualifiée”.

¹⁸⁹ Le Code d'investissement de Côte d'Ivoire ne mentionne pas de buts relatifs à la création d'emploi.

¹⁹⁰ République de Guinée, Décret n° 2019-263, 7 sept. 2019, fixant les règles régissant le contenu local dans le cadre de la mise en œuvre des projets publics et privés

Il faut tout de même noter que ces nouvelles dispositions ne renversent pas complètement l'équilibre du régime juridique. Souvent ces dispositions sont énoncées en tant qu'intentions ou sous formes d'objectifs à atteindre. Elles ne se traduisent pas nécessairement en obligations clairement définies et directement opposables aux investisseurs. Plus précisément, la substance de l'objectif énoncé en article 3 du code Burkinabé susmentionné, est diminuée par l'article 11¹⁹¹ garantissant aux investisseurs une liberté de choix des employés, des fournisseurs et des prestataires de service. L'article 11 ne mentionne aucune condition à ces libertés reconnues, rendant l'objectif de l'embauche de la main œuvre locale vide.

Les obligations introduites restent parfois imprécises et leur substance comme leur effet demeurent incertains.

Un autre domaine très important est la détention des parts sociales dans les entreprises chargées des projets d'investissement. Le droit malien¹⁹² reconnaît notamment la libre détention jusqu'à 100% des parts sociales par les personnes étrangères, sauf dans certains secteurs que les législations nationales énumèrent limitativement¹⁹³.

2) Les contrats miniers visant un rééquilibrage des forces entre les parties

Les États recherchent un plus grand équilibre dans leurs relations contractuelles avec les investisseurs étrangers. Cette recherche se matérialise par l'utilisation de conventions minières. Celles-ci ne sont pas dérogatoires¹⁹⁴ des Codes miniers, mais les complètent. Dans l'optique d'un rééquilibrage des positions des cocontractants, ces contrats définissent les droits et obligations de l'investisseur et de l'État. De plus, les conventions minières sont présentées le plus souvent aux

¹⁹¹ Article 11 du code d'investissement de Burkina Faso : *“Dans le cadre des accords internationaux, des lois et règlements burkinabè, sont garantis aux personnes et entreprises régulièrement établies notamment :*

1. *le droit de disposer librement de leurs biens et d'organiser à leur gré leur entreprise ;*
2. *la liberté d'embauche, la liberté d'emploi et de licenciement ;*
3. *le libre choix des fournisseurs et des prestataires de service ;*
4. *la liberté commerciale ; ...”*

¹⁹² Article 6 du code d'investissement de Mali : les investisseurs étrangers *“peuvent librement détenir jusqu'à 100 % des parts sociales ou actions de la société qu'ils envisagent de créer sous réserve des dispositions applicables aux secteurs d'activités qui font l'objet d'une réglementation spécifique.”*

¹⁹³ Sur ce point, la République de Congo prévoit une limitation de vente des actions de sociétés agissant dans le secteur minier, avec une condition additionnelle de frais de 3% des revenus réalisés en tant que droits de sorties. République de Congo, Loi n°18/001 du 09 mars 2018 modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier

¹⁹⁴ Donc approuvées par décret.

potentiels investisseurs sous forme de contrats-types, dans lesquels peu de clauses sont soumises à négociation¹⁹⁵. En particulier les clauses relatives au régime fiscal et douanier sont déterminées par la loi et ne sont pas négociables, ce qui permet à l'État d'avoir une emprise plus forte sur les gains fiscaux tirés des IDE.

Toutefois, les clauses négociables peuvent réintroduire un déséquilibre dans le contrat, en particulier celles relatives aux particularités du projet¹⁹⁶, ou aux droits et obligations de chacune des parties.

Nous pouvons noter l'apparition de clauses relatives aux obligations en matière sociale – avec l'obligation d'emploi de la main d'œuvre locale– et en matière de protection environnementale. Ces clauses particulières sont prévues par les conventions-types, garantissant un standard minimum. Mais elles peuvent tout de même être soumises à la négociation ce qui rend leur importance et leurs effets aléatoire.

Un des avantages de la convention minière est qu'elle est non discriminatoire puisqu'elle est élaborée sur la base des principes du Code minier et de son Décret d'application. Cependant comme elle en dépend, elle est conditionnée par ceux-ci. Lorsque le Code minier ne prévoit pas suffisamment de flexibilité pour la révision de ces contrats, elles se heurtent à des clauses qui empêchent leur adaptation aux situations évolutives. Mais, la procédure d'approbation de la convention est moins contraignante que pour d'autres types de contrats, ce qui permet aux gouvernements de l'adapter à l'évolution économique du pays.

¹⁹⁵ Ne sont pas négociables les clauses relatives aux conditions d'octroi des permis, aux délais maximums des permis, aux régimes fiscaux, douaniers, aux réglementations de changes et autres clauses relevant spécifiquement de la loi ou sont clairement définies dans le décret d'application.

¹⁹⁶ Les clauses soumises à la négociation sont les suivantes :

1. la durée des autorisations, des permis de recherches et d'exploitation, étant entendu qu'elles ne peuvent excéder la durée maximum prévue dans le code minier.
2. Les obligations de travaux et de dépenses.
3. Les conditions et les modalités de participation de l'État dans le cas d'une augmentation de celle-ci au-delà du minimum imposé dans le Code minier.
4. Lorsque non prévue dans le Code minier ou dans une annexe fiscale spécifique, la convention précise la stabilisation des régimes fiscaux et douaniers.

CHAPITRE 2.

LE CONTEXTE DÉFAVORABLE À LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DE L'ÉTAT

Le droit international tend à responsabiliser l'État tout en ne lui donnant pas les moyens de garantir les droits des travailleurs face aux investisseurs étrangers. D'un côté, le rôle traditionnel primordial de l'État dans la détermination de la gestion de ses industries se trouve de nos jours ébranlé (Section 1), de l'autre, l'État, premier responsable de la protection de ses populations, se situe dans un système contentieux ne lui permettant pas d'assurer effectivement ce rôle (Section 2).

Section 1. Les multiples rôles de l'État

Le contexte socio-économique de l'État détermine dans une certaine mesure le rapport de force avec les STN, ainsi que la position que l'État adopte face aux investissements étrangers (Paragraphe 1). Ainsi, ce positionnement détermine l'étendue de la souveraineté que l'État peut exercer sur ses ressources primaires et le régime juridique minier qu'il va leur imposer (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le contexte socio-économique de l'État, déterminant sa position face au investissements étrangers

Pour comprendre les particularités qui conditionnent et encadrent le rapport de force entre un État et un investissement étranger (B), il faut d'abord analyser le contexte socio-économique des États en Afrique de l'Ouest (A).

A. Le contexte socio-économique des État en Afrique de l'Ouest

Les qualificatifs d'État en Développement (PED) ou de Pays les Moins Avancé (PMA) (1) découlent principalement d'indicateurs qui prennent en compte le contexte politique et

économique, conditionnant le cadre juridique. La prise en compte de ces qualifications est importante pour comprendre le positionnement de l'État, son rôle de facilitateur et la réelle étendue de son pouvoir face aux STN. Ainsi, il faut analyser dans quelle mesure la « transnationalisation¹⁹⁷ » et la globalisation du droit limitent le rôle de régulateur de l'État (2).

1) Le contexte particulier des pays en développement et des pays les moins avancés

Les PED ou les PMA disposent de statuts dérogatoires leur permettant un aménagement matériel ou temporel dans la transposition des régulations strictes imposées en matière de commerce internationale ou vis-à-vis des normes en matière d'investissement. Toutefois, cela ne leur permet pas de se défendre entièrement face aux STN ou de tirer assez de bénéfices des IDE implantés sur leur territoire.

Il faut tout d'abord distinguer les deux notions.

Le Vocabulaire Juridique définit la notion des pays en voie de développement (PED) comme désignant habituellement :

*“les pays pauvres [...] auxquels certains actes, accords interétatiques ou résolution d'organisation internationales tendent de plus en plus à conférer un statut spécifique dérogeant temporairement au principe d'égalité des États et reposant sur l'idée « d'inégalité compensatrice » par rapport aux droits et devoirs reconnus aux États classés dans la catégorie des pays « développés »”*¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Selon le juriste américain, Philip Jessup, qui a théorisé en premier le terme transnational, ce dernier désigne les “règles applicables concrètement à toute les situations juridique qui dépasse les seules « frontières d'un État””. Aussi, il peut être ajouté que le droit transnational est le droit qui traite toute questions techniques et/ou politiques nouvelles qui par leurs natures dépassent les frontières et pour lesquelles le droit traditionnel des États-Nation n'est pas adapté à répondre. Le droit transnational est établi autour des rapports juridiques verticaux, qui “dépassent le pouvoir d'un État sur son territoire, critère traditionnel de création et d'application du droit”. Dans ce sens nous pouvons donner un exemple d'un contrat international entre un État et un investisseur, par exemple un consortium, qui appartient aux différentes sphères et domaine juridiques. Ainsi, le droit transnational est constitué des rapports horizontaux, eux aussi dépassant les frontières d'un État, mais aussi ne comportant pas uniquement les sujets classiques, des États-Nations, de la sphère internationale.

G. LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, 2016, pp.6-7

¹⁹⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e édition mise à jour 2011, Puf, p. 741-742

Dans le cadre de l'OMC, l'État définit son propre statut de pays en voie de développement. Pour pouvoir bénéficier des dispositions reconnues en faveur des PED, c'est à l'État membre lui-même de se prononcer comme tel et d'en notifier l'organisation. Il n'existe pourtant aucun droit automatique à bénéficier d'un système dérogatoire. Les autres États membres peuvent cependant s'y opposer et pourront donc empêcher le pays de recourir à ces dispositions. En réalité, ces États et en particulier ceux développés vont rendre effectif ce statut puisqu'ils disposeront d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou non un traitement différencié.

Le terme de Pays les Moins Avancés (PMA) est une qualification apparue en 1971 par le Conseil Économique et Social de l'ONU, représentant, selon l'ONU le « *maillon le plus faible et le plus pauvre* » de la communauté internationale. Une liste¹⁹⁹ est dressée tous les trois ans énumérant les pays qui remplissent certaines caractéristiques qualitatives²⁰⁰. Au jour de la création de la qualification 21 pays figuraient sur la liste, aujourd'hui ce nombre a plus que doublé, avec désormais 47 pays²⁰¹. Selon les projections de la CNUCED, d'ici à 2025, le groupe des PMA sera composé de 32 pays, tous sauf deux, Cambodge et Haïti, en Afrique.

Les accords de l'OMC font état d'un objectif de développement économique durable, ainsi que d'un objectif visant à ce que le commerce international profite au développement

¹⁹⁹ La liste des PMA, est élaborée dans les rapports de la CNUCED et revue tous les trois ans par le Comité des politiques de développement, un groupe d'experts indépendant qui fait rapport au Conseil économique et social de l'ONU.

²⁰⁰ Sur la liste figurent les États remplissant des conditions cumulatives suivantes :

1. « *Le critère du « revenu par habitant », fondé sur une estimation moyenne du revenu national brut par habitant effectuée sur trois ans, avec un seuil de 1025 dollars pour pouvoir être ajouté à la liste [...] ;*
2. *Le critère du « capital humain », [...] basé sur les indicateurs suivants : nutrition (pourcentage de la population qui est sous-alimentée) ; mortalité infantile (nombre d'enfants morts avant l'âge de 5 ans pour 1 000 naissances vivantes) ; mortalité maternelle (pour 100 000 naissances vivantes) ; scolarisation (taux brut de scolarisation dans l'enseignement secondaire) ; et alphabétisation (taux d'alphabétisation des adultes) ;*
3. *Le critère de la « vulnérabilité économique », [...] basé sur les indicateurs suivants : chocs naturels (indice d'instabilité de la production agricole, et part de la population victime de catastrophes naturelles), chocs commerciaux (indice d'instabilité des exportations de biens et de services), exposition physique aux chocs (part de la population vivant dans des zones de faible élévation), exposition économique aux chocs (part de l'agriculture, de la sylviculture et de la pêche dans le produit intérieur brut, et indice de concentration des exportations de marchandises), petite dimension économique (taille de la population en logarithme), et éloignement économique (indice d'éloignement). »*

Communiqué de presse UNCTAD/PRESS/IN/2018/008, Genève, Suisse, 20 novembre 2018, <<https://unctad.org/fr/Pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=486>>

²⁰¹ Selon le rapport de la CNUCED de 2018, 33 de ces pays sont situés en Afrique, dont 12 en Afrique de l'Ouest, 9 en Asie, 4 en Océanie et un dans les Antilles.

économique des PED et des PMA²⁰². Ainsi, l'OMC énonce qu'il joue un rôle central dans la réalisation du Programme de développement durable des Nations Unis à l'horizon 2030²⁰³ et de ses Objectifs de développement durable (ODD)²⁰⁴. Cependant, il n'existe pas de réel régime général applicable aux PED, mais uniquement des aménagements des dispositions générales. Ainsi, le régime qui s'applique à chacun des pays est strictement déterminé par ce qui est négocié avec l'État développé. Ce dernier détermine l'étendue du traitement accordé au cas par cas²⁰⁵. Par conséquent, en l'absence de texte général, le traitement spécial accordé à ces pays doit être recherché dans chacun des accords.

Les pays en développement ou les PMA peuvent obtenir des avantages divers²⁰⁶. Il peut, par exemple, leur être reconnu le droit de protéger leur marché contre des importations pour favoriser des branches de production nationale ou encore en cas de difficulté relative à la balance des paiements. Ils peuvent disposer d'un délai de transition plus important pour intégrer les règles de l'OMC, ou bénéficier d'avantages procéduraux. Ces pays, au vu du traitement différencié peuvent accorder un traitement tarifaire préférentiel aux produits des PMA. Ainsi, un traitement tarifaire plus avantageux peut être appliqué sans que le traitement de la nation la plus favorisée ne puisse être opposé.

²⁰² P. ex., l'article XXXVII du GATT de 1994, la Décision de 1979 sur le traitement différencié et plus favorable "Clause d'habilitation", ou bien l'article IV de l'AGCS

²⁰³ Site de l'OMC, <https://www.wto.org/french/thewto_f/coher_f/sdgs_f/sdgs_f.htm>

²⁰⁴ Les Objectifs de Développement Durable (ODD) définissent 17 priorités pour assurer un développement socialement équitable et durable. Ils couvrent un éventail d'enjeux que tout pays, de Sud ou de Nord devrait observer tels que le climat, la biodiversité, l'énergie, l'eau, la pauvreté, l'égalité des genres, la prospérité économique ou encore la paix, l'agriculture, l'éducation. Les ODD ont été adoptés en septembre 2015 par l'ONU dans le cadre de l'Agenda 2030. <<https://www.agenda-2030.fr/odd/17-objectifs-de-developpement-durable-10>>

²⁰⁵ Ce traitement est déterminé dans l'accord bilatéral et ne s'applique qu'aux parties signataires : Affaire de l'UE concernant l'application du traitement préférentiel autonome à la Moldavie.

²⁰⁶ Dans le cadre de l'accord de GATT, les pays en développement peuvent bénéficier d'une ou plusieurs dispositions des trois séries suivantes :

1. Dispositions en vertu desquelles les Membres de l'OMC sont tenus de protéger les intérêts des pays Membres en développement
2. Dispositions accordant aux pays en développement une certaine souplesse dans l'utilisation des instruments de politique économique et commerciale
3. Dispositions accordant aux pays en développement des périodes de transition plus longues

Le professeur Philippe Vincent, dans son article²⁰⁷ mentionne plusieurs critiques formulées par les PED relatives aux limitations des dispositions prévoyant leur traitement préférentiel. L'auteur note que ce traitement préférentiel représente le retour au principe du libre-échange en forçant les économies les plus faibles à former un marché auquel elles ne sont pas nécessairement prêtes.

Ainsi, tout en bénéficiant d'un système « *d'inégalité compensatrice* », les États en développement restent en position d'infériorité. Leur capacité de négociation est leur seul outil dont ils disposent et les réductions fiscales et douanières sont souvent les seuls avantages qu'ils peuvent tirer. Ces recettes fiscales et douanières constituent la majeure partie des revenus des PED et PMA. Paradoxalement, en accordant des réductions dans ce domaine pour pouvoir être reconnu par les investisseurs étrangers, ces pays peuvent se trouver considérablement désavantagés. Selon l'auteur, ceci représente le retour de l'exigence de réciprocité .

Cette qualification de pays en développement reconnaît des avantages importants comme des préférences commerciales, l'aide publique au développement, l'allègement de la dette ou encore une assistance technique. Toutefois, ce régime ne permet pas une véritable accession des

²⁰⁷ G. DUFOUR. P. VINCENT, « L'OMC et les pays en développement », *Revue Québécoise de droit international*, vol. 25-1, 2012. pp. 193-197.

Depuis le cycle de Tokyo, le traitement différencié ou préférentiel n'est plus un droit mais est issu uniquement des négociations.

Plus précisément, le principe de réciprocité a toujours existé en réalité, avec la demande d'autres contreparties ou de concessions auxquels les PED sont implicitement obligés afin d'obtenir la reconnaissance des avantages dont ils ont besoin.

États désavantagés à un pied d'égalité avec les États développés, ni une effective défense de leurs intérêts face aux pays du Nord qui feront tout pour faciliter l'expansion de leurs intérêts et ceux de leurs propres STN²¹⁰.

2) La position de l'État dans le contexte de la globalisation et transnationalisation du droit

L'ouvrage de la CNUCED publié en 2005 sur le sujet du développement économique en Afrique note qu' "[a]ucune théorie ni aucune expérience historique ne donnent à penser que le rattrapage économique peut être laissé à l'interaction des mécanismes des marchés mondiaux et des grandes entreprises internationales des pays industriels avancés"²¹¹. Il poursuit en soulignant à juste titre que : "[l]e problème persistant des pays en développement est donc de savoir dans quelle mesure profiter des avantages que procure l'implantation de STN sans être dominés par celles-ci ou sans que leur développement économique en soit altéré"²¹².

Toutefois, le rôle évolutif de l'État dans la régulation des investissements étrangers et de l'exploitation minière a été également contourné par l'avènement d'une nouvelle « *souveraineté globale* »²¹³. Plus précisément, avec la mondialisation des échanges commerciaux et financiers de nouvelles normes ont été instaurées sur plusieurs plans, notamment international, transnational, voire global. Dans une perspective juridique, nous pouvons constater l'avènement du droit administratif global, que les tenants d'une approche réaliste du droit international comparent, sinon assimilent à un transgouvernementalisme. Ce qui rassemble ces deux termes, c'est qu'ils touchent à l'élaboration des normes ou de champs normatifs par des organes législatifs non gouvernementaux dépourvus de légitimité démocratique.

²¹⁰ M. ÖZDEN, « État des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des "Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises" », *op.cit.*, p. 21

²¹¹ Rapport UNCTAD, « Le développement économique en Afrique, Repenser le rôle de l'investissement étranger direct », UNCTAD/GDS/AFRICA/2005/1, New York Genève, 2005, page 20

²¹² *Idem* page 29

²¹³ Terme utilisé lors de la conférence "*La globalisation du droit, la transnationalisation juridique et la souveraineté de l'empire*", organisée par le Laboratoire Critique pour la Recherche en Droit, de l'Université Sherbrooke, Québec.

En parallèle, nous sommes témoins du développement d'un droit marchand global fortement motivé par le néolibéralisme qui s'ouvre à de nouveaux acteurs, non seulement des STN minières mais aussi d'autres acteurs privés et publics, nationaux comme internationaux. Les acteurs de ce nouveau droit global ont tendance à outrepasser l'État dans son ordre juridique national pour contribuer au développement d'un libre marché autorégulé. Ainsi, le droit global se distingue intentionnellement du droit international, notamment en choisissant un mode de formation normatif plus rapide, ne dépendant plus essentiellement de la participation des sujets originaires et dérivés du droit international. Toutefois, tout en étant distinct du droit national et du droit international, ce droit déploie ses effets dans les deux ordres juridiques. Selon M. le Pr. Karim Benyekhlef, "*l'inflexion résolument économiste de la mondialisation n'est donc pas sans incidence sur les capacités normatives de l'État et, par conséquent, sur sa souveraineté, fondement de la légalité et de la légitimité*"²¹⁴.

La redéfinition de la position étatique affecte les pays du Nord et les pays du Sud. Cependant, l'effet sur l'un et l'autre n'est nullement comparable. Ce sont les pays du Nord qui ont voulu la mise en place de ce nouvel ordonnancement juridique et d'un marché globalisé. Les pays du Sud ont été invités *a posteriori*, voire contraints, à y participer. Ainsi, reposant principalement sur le développement et le soutien du secteur privé, ce sont les entreprises transnationales des pays développés qui ont la mainmise sur la structuration et l'évolution de ce nouveau système²¹⁵. Les acteurs majeurs de ce nouveau droit global sont les sociétés transnationales, régulant les activités économiques internationales. Il peut sembler que le droit global est structuré et organisé par les entités les plus fortes ou ayant une présence importante sur la scène globale. Parmi ceux-ci, les plus influents appartiennent à la catégorie des STN des pays développés²¹⁶. Elles sont protégées dans leurs investissements à l'étranger, redéfinissent par leurs relations contractuelles les cadres nationaux dans lesquels elles s'inscrivent et imposent le respect

²¹⁴ K. BENYekhlef (dir.), « Une introduction au droit global », *Vers un droit global*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, 1-64

²¹⁵ Dans les faits, si les entreprises locales des pays les plus pauvres jouissent d'avantages par rapport aux STN du fait de leurs connaissances et de leurs contacts, elles sont généralement très défavorisées par leur taille pour ce qui est de l'accès aux capitaux, aux marchés étrangers et à la technologie, des compétences et de la propriété intellectuelle.

²¹⁶ Ce qui peut être vu à travers les classements "Fortune 500" dressés chaque année; Site de Fortune 500, <<https://fortune.com/fortune500/>>

juridique de leurs intérêts économiques, tout en échappant de manière agile aux régulations nationales ou internationales leurs paraissant trop strictes.

Il faut tout de même noter que l'encadrement et le choix de la formation des normes de droit global permettent l'inclusion d'autres acteurs, notamment ceux de la société civile, en particulier, les ONG. Leurs activités peuvent servir de contrepoids, développant l'inclusion des garanties des droits humains²¹⁷. Les normes produites par ces acteurs "*dépassent les dimensions purement techniques pour réguler des rapports sociaux qui relèvent, dans la théorie classique, du champ juridique*"²¹⁸.

Même si l'État reste exclu, et que peu d'acteurs de la scène globale agissent pour la promotion et la protection des intérêts étatiques, les normes de la société civile intéressent les domaines que l'État est censé lui-même protéger : sa population et son environnement.

Toutefois, lorsque que le droit international tend à responsabiliser les États en matière de protection des droits fondamentaux, les moyens qui lui seraient nécessaire pour le faire lui sont en quelque sorte soustraits.

B. Les États d'Afrique de l'Ouest face aux investissements directs étrangers

Pour comprendre la complexité de la situation des États d'Afrique de l'Ouest face aux investisseurs étrangers il faudrait envisager tout d'abord les enjeux généraux de l'arrivée des investissements directs étrangers dans les pays africains (1), pour ensuite examiner le paradoxe de l'IDE en Afrique (2). Deux problèmes se posent par la suite, le problème du développement de l'investissement uniquement dans le secteur privé (3), et celui de la dépendance au secteur primaire qui crée une économie tributaire (4).

²¹⁷ Les acteurs de la société civile, tels que les agences de normalisation développent par exemple des standards comme les normes ISO. Ils peuvent avoir des effets normatifs et imposer des critères matériels régulant le comportement, les actions et les produits des destinataires. Il y en a plusieurs qui peuvent être mentionnés, ils ne traitent pas directement les droits de l'Homme mais peuvent permettre leur meilleure protection à travers les standards touchant aux domaines adjacents :

1. ISO 9000 sur le management de la qualité.
2. ISO 14000 sur le management environnemental ou ISO 26000 sur la responsabilité sociétale.

²¹⁸ K. BENYEKHLEF, « Une introduction au droit global », *op.cit.*

1) Les enjeux généraux de l'arrivée des investissements directs étrangers dans les pays africains

Il faut tout d'abord noter quelques faits pertinents pour illustrer le contexte Africain, déterminant sa nécessité d'attraction des investissements directs étrangers (IDE) en tant que catalyseur de croissance et de développement économique.

Premièrement, l'explosion démographique. Selon les rapports de l'UNESCO²¹⁹ elle est estimée à 1,1 milliard d'habitants avec une projection de 2,4 milliards en 2050, ce qui représentera un tiers de la population mondiale. 60 % de la population africaine a moins de 35 ans et 43% de la population totale vit en dessous du seuil de pauvreté²²⁰. Le rapport sur la Déclaration tripartite de l'OIT ²²¹ précise sur ce point : *“Bien que les projections tablent sur une accélération de la croissance économique annuelle en 2019 et en 2020 sur le continent africain, plus de la moitié des travailleurs de la région vivent toujours dans des conditions de pauvreté extrême ou modérée, et l'on s'attend à une augmentation de ce nombre d'au moins 10 millions entre 2018 et 2020”*.

Deuxièmement, un autre facteur important est le développement de l'urbanisation sachant que 472 millions d'habitants vivent déjà en zone urbaine et que ce chiffre sera doublé dans les 25 prochaines années²²². Ceci s'accompagne d'un accroissement graduel de la demande des biens et des services en zone urbaine. Toutefois la Banque mondiale note que la croissance est ralentie par le déficit des infrastructures, ce qui, par conséquent, limite la productivité des entreprises à 40 % ²²³ et affecte l'attractivité de l'État pour le capital étranger. Ainsi, la Banque mondiale

²¹⁹ Cf. site web de l'UNESCO : Croissance démographique ;
<<http://www.unesco.org/new/fr/testing/africa-relaunch/priority-africa/operational-strategy/demographic-growth/>>

²²⁰ Cf. site web de la Banque mondiale. 2015. *Toujours plus de plus de personnes pauvres en Afrique malgré les progrès réalisés en matière d'éducation et de santé* (communiqué de presse du 16 octobre 2015)
<<https://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2015/10/16/africa-gains-in-health-education-but-numbers-of-poor-grow>>

²²¹ OIT, *Entreprises multinationales développement et travail décent*, Rapport sur la promotion et l'application de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale en Afrique, *op.cit.*

²²² F. ZOGNING, A.A. MBAYE, et M.-T. UM-NGOUEM (dir.), *L'Économie informelle, l'entrepreneuriat et l'emploi*, Québec, JFD, 2017

²²³ Site de la Banque Mondiale, <<https://www.banquemondiale.org/fr/region/afr/overview>>

évalue le besoin d'investissements dans la construction des infrastructures en Afrique à 93 milliards de dollars²²⁴.

L'enjeu n'est ainsi pas d'injecter le capital étranger à court terme, mais de créer une véritable économie dite inclusive, ainsi qu'un système de production, de vente et de consommation qui respecte les droits humains et l'environnement. Pour ceci il faut analyser les conditions dans lesquels les IDE sont accueillis et les conséquences de leur présence sur le territoire des pays d'Afrique de l'Ouest.

Il est clair que l'attraction des IDE peut avoir des effets positifs non seulement pour les investisseurs eux-mêmes mais aussi pour les États d'accueil.

Selon les auteurs, M. Marouane Alaya, Mme Dalila Nicet-Chenaf, M. Eric Rougier :

“Au-delà de son propre effet direct ou indirect sur la croissance, l'IDE peut, en effet, être un facteur de renforcement des effets des réformes et des changements structurels sur la croissance, puisqu'il démultiplie l'effet de l'ouverture commerciale sur les flux d'échange, ou bien puisqu'il augmente les rendements des investissements dans le capital en offrant des emplois mieux rémunérés à la main-d'œuvre locale”²²⁵.

De plus, tant qu'ils ne sont pas introduits dans le cadre d'une libéralisation économique prématurée²²⁶ pour laquelle l'État ne serait pas juridiquement, économiquement et structurellement prêt, les IDE peuvent être utiles pour pallier le manque de ressources internes des pays désavantagés et pour ralentir la croissance de leur dette externe. Les IDE peuvent être utiles pour le transfert de technologie, la formation de la main-œuvre locale, et pour la création

²²⁴ Banque mondiale, 2015. *Toujours plus de plus de personnes pauvres en Afrique malgré les progrès réalisés en matière d'éducation et de santé* (communiqué de presse du 16 octobre 2015)
<<https://www.banquemondiale.org/fr/news/press-release/2015/10/16/africa-gains-in-health-education-but-numbers-of-poor-grow>>

²²⁵ M. ALAYA, D. NICET-CHENAF, E. ROUGIER : « À quelles conditions les IDE stimulent-ils la croissance ? IDE, croissance et catalyseurs dans les pays méditerranéens », *Mondes en développement* 2009/4 n° 148, pp. 119-138, §25

²²⁶ Afin d'éviter “une spirale infernale où les structures d'accumulation et de production étaient incapables de dégager suffisamment de recettes d'exportation pour maintenir les importations” dans laquelle de nombreux États se sont retrouvés “ ce qui a freiné davantage encore l'investissement, la diversification et la croissance du revenu”. CNUCED, « Le développement économique en Afrique, Repenser le rôle de l'investissement étranger direct », *op.cit.*, p. 33

d'emplois. Ceci est conditionné par l'existence d'obligations reconnues aux investisseurs²²⁷ dans ces domaines. Ainsi, pour que les IDE agissent positivement, M. Alaya, Mme Nicet-Chenaf, et M. Rougier soulignent qu'un certain nombre de conditions doivent être réunies, en particulier : *“des capacités d'absorption suffisantes dans le pays d'accueil, afin que les firmes locales puissent vraiment bénéficier de ces effets de report technologiques, informationnels ou organisationnels”*²²⁸. Ainsi *“il est possible que les effets négatifs de court terme liés à la concurrence des filiales étrangères pour les entreprises domestiques ne soient jamais compensés par des effets positifs suffisamment importants si les IDE reçus sont peu porteurs d'effets de report”*²²⁹.

En ce sens, le cadre dans lequel les IDE s'établissent dans les pays désavantagés tout en espérant agir au mieux n'a produit que des résultats médiocres, sinon négatifs pour ces derniers. La série de réformes des politiques internes africaines, motivée par la crise de la dette du début des années 1980, s'était focalisée sur la déréglementation, l'accélération de la libéralisation et une vague de privatisation. Sans rentrer dans une analyse économique ou politique, il est évident que ces réformes visant à priver l'État de son rôle de régulateur étaient inadaptées au contexte des pays en développement et ineffectives quant aux véritables progrès en matière de croissance et de développement économique durable.

Il faudrait, dès lors, remettre en cause l'importance excessive apportée aux IDE rendant l'économie enclavée et quasi-totalement dépendante d'eux. Ainsi, il est nécessaire d'évaluer pleinement l'impact de l'IDE en l'incluant dans un ensemble plus large de mesures de développement indispensables, tenant compte des faiblesses structurelles économiques de l'État, et en adoptant une approche plus équilibrée, stratégiquement adaptée.

2) Le paradoxe de l'IDE en Afrique

²²⁷ Les normes relatives par exemple à l'emploi et à la formation de la main-œuvre locale, ou relatives à la garantie d'un travail décent, sont susmentionnées dans titre 1.

²²⁸ M. ALAYA, D. NICET-CHENAF, E. ROUGIER : « À quelles conditions les IDE stimulent-ils la croissance ? IDE, croissance et catalyseurs dans les pays méditerranéens », *op.cit.* §5

²²⁹ *Ibid.* §5.

Selon le rapport de CNUCED de 2019²³⁰, les IDE à destination de l'Afrique ont crû de 11% en 2018 arrivant à 46 milliards de dollars, malgré une baisse de 13% au niveau mondial²³¹.

La principale difficulté rencontrée en Afrique et pouvant expliquer en partie ces chiffres est le « *paradoxe de l'investissement direct étranger* », autrement dit le paradoxe de l'afflux d'IDE. Généralement, les capitaux sont censés partir des pays à faible rendement vers ceux offrant un rendement élevé. L'Afrique, de 2006 à 2011, a enregistré le taux de rendement des IDE le plus élevé, soit 11,4 %²³². Pourtant le flux d'entrée des investissements a soit diminué soit stagné par rapport aux autres régions du monde²³³.

Plusieurs raisons peuvent expliquer ces chiffres, telles que le faible niveau d'investissement public, visible par l'insuffisance d'infrastructures dans les domaines par exemple de l'énergie, des routes, des voies ferroviaires ou des aéroports. Ce qui affecte considérablement l'entrée des IDE, ce sont des politiques d'investissement fragmentées ou des politiques minières non harmonisées et le niveau élevé des risques souverains²³⁴.

De plus, l'insuffisance de capital humain, et l'insuffisance de capital institutionnel peuvent être des facteurs de faible afflux. Il faut noter aussi que ces derniers apparaissent comme des arguments commodes qu'utilisent les investisseurs pour réclamer un traitement favorable et se détacher du cadre étatique dans lequel ils sont accueillis²³⁵. Par conséquent, ce détachement permet aux investisseurs de lévirer en quelque sorte au-dessus du territoire sur lequel ils sont censés s'implanter, puisant leurs bénéfices mais empêchant les États d'optimiser le rendement

²³⁰ CNUCED, « Rapport sur l'investissement dans le monde 2019 », UNCTAD/WIR/2019, New York Genève 2019, p. IX

²³¹ Cet accroissement n'est pas commun à toutes les régions africaines, notamment en Afrique de l'Ouest où les entrées d'IED ont reculé de 15 %, à 9,6 milliards de dollars.

²³² Comparé aux chiffres enregistrés dans d'autres continents (9,1 % - Asie et 8,9 % - Amérique latine et Caraïbes, et la moyenne mondiale - 7,1 %)

²³³ A. ODUSOLA, « Mettre fin au paradoxe de l'investissement direct étranger en Afrique », *La Revue Afrique renouveau*, la section Afrique du Département de l'information de l'ONU
<<https://www.un.org/africarenewal/fr/a-la-une/mettre-fin-au-paradoxe-de-l%E2%80%99investissement-direct-%C3%A9tranger-en-afrique>>

²³⁴ P. ex., la faible capacité d'absorption, le niveau élevé de corruption, l'instabilité politique, la faible capacité à gérer les chocs

²³⁵ P. ex., face à une insuffisance de capital humain, les STN évitent d'employer et/ ou de former si nécessaire la main-d'oeuvre locale. Face à l'insuffisance de capital institutionnel, elles se détachent de la législation nationale en contractant avec les États qui leur reconnaissent des traitement dérogatoires au droit commun ou tirent leurs droits et leurs obligations des normes supranationales. Parfois, elles optent pour l'arbitrage afin d'éviter les juridictions nationales.

social et économique de l'investissement ou de voir des effets positifs en cascade sur d'autres secteurs.

3) Le problème relatif au développement de l'investissement spécifique au secteur privé

Comme vu précédemment, l'absence d'investissement dans les secteurs défavorisés, en particulier dans les industries de service public, affecte non seulement le rendement des investissements étrangers pour l'État d'accueil mais aussi le fonctionnement et les bénéfices tirés de l'investissement pour les STN. Ceci est d'autant plus important en sachant que la priorité des États est mise sur le développement du secteur privé, considéré comme la pierre angulaire de la croissance, qui est elle-même un objectif clef vecteur du développement. Ceci est soutenu par l'OIT²³⁶ qui souligne *“le rôle du secteur privé en tant que principale source de croissance économique et de création”* et *“l'importance du rôle des entreprises durables comme créatrices d'emplois et pour promouvoir l'innovation et le travail décent”*²³⁷

A partir des années 1990 et 2000, sous l'emprise et l'influence des organisations internationales financières, les États d'Afrique incarnaient de plus en plus un rôle de facilitateur, afin de créer un environnement propice aux investissements étrangers dans le but de diminuer son implication réglementaire et sa participation dans le marché le laissant presque exclusivement aux STN. Ce mouvement de déréglementation et de privatisation arrive au moment d'une accélération du développement d'infrastructures dans le domaine de l'exploitation minière, du transport, de l'énergie, de l'eau et des communications.

Selon un article sur le Développement et les investissements en Afrique²³⁸: *“Bien qu'il y ait un besoin urgent d'investir dans des infrastructures, ces investissements ne débouchent pas automatiquement sur des développements positifs, à moins qu'ils ne soient conçus en tenant compte de la réduction de la pauvreté et du développement durable”*. Lorsque le développement

²³⁶ OIT, Déclaration centenaire pour l'avenir de travail, adoptée à la 108e session de la Conférence internationale du Travail en juin 2019, Genève

²³⁷ BIT, Rapport 2019a, *Emploi et questions sociales dans le monde – Tendances 2019*, Genève, p. 4 et 2 <<https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2019/lang--fr/index.htm>>

²³⁸ Coalition pour les droits humains dans le développement, Rapport sur le « Développement et investissement en Afrique », *op.cit.*

d'infrastructures est entrepris par le secteur privé, en plus d'être détaché des besoins des consommateurs, il accorde une priorité absolue au profit et *“l'équité ou la fourniture de services aux zones rurales ou pauvres ont tendance à être désavantagées”*²³⁹. Notamment, des études ont montré qu'il existe *« peu de preuves directes »* que les investissements dans le secteur privé mènent à la réduction de la pauvreté²⁴⁰.

Les partenariats public-privé qui se développent, surtout en secteur pétrolier, peuvent apparaître comme une alternative aux limites de l'investissement dans le secteur privé. Les gouvernements attirent les investisseurs privés avec l'argent public en compensant et absorbant en cas d'échec les risques pour ces derniers²⁴¹. Toutefois, il faut tenir compte que tout en étant synallagmatiques les partenariats public-privé sont rarement réciproques. Selon un rapport de l'UNRISD²⁴² : *“(…) [l]es partenariats [public-privé] sont pour les sociétés transnationales l'occasion de rehausser leur image et d'infléchir les politiques grâce aux relations privilégiées qu'elles [entretiennent] avec les gouvernements des pays en développement et les organisations multilatérales.... L'approche du partenariat ignore parfois certaines des incompatibilités fondamentales qui existent entre les intérêts des pays en développement et ceux des STN. Le régime macroéconomique mondial, centré sur la libéralisation du commerce et des investissements, qui crée des conditions favorables aux STN mais limite souvent les options des gouvernements des pays en développement en même temps que leurs recettes fiscales, en est une excellente illustration...”*.

4) La dépendance au secteur primaire : l'économie tributaire

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ SAVOY, « Les institutions financières de développement arrivent à maturité », *Center for Strategic & International Studies*, octobre 2016, p.4. <<https://www.csis.org/analysis/development-finance-institutions-come-age>> cité par la Coalition pour les droits humains dans le développement, Rapport sur le « Développement et investissement en Afrique»

²⁴¹ L'absorption de risques des STN en cas d'échec de projet d'investissement peut être dangereux et coûteux pour les États. Pour que les États tirent avantage de ces partenariats, il faut non seulement que le projet ait du succès mais aussi qu'il soit géré dès le début de manière à privilégier et à respecter les intérêts étatiques.

²⁴² UNRISD, « Responsabilité sociale et encadrement juridique des sociétés transnationales : Synthèse 1 », Genève, avril 2005, pp.1-4

Selon le rapport de CNUCED²⁴³ de 2019 environ 89% des économies de l'Afrique subsaharienne sont dépendantes des matières premières. Près de 9 pays de la région sur 10 ont des exportations dépendantes à plus de 60% des matières premières²⁴⁴. Une dépendance si accrue peut être dangereuse, d'autant plus si elle se situe dans une économie enclavée, car elle est fortement conditionnée par la volatilité du prix des matières première. Cette dépendance peut être corollaire d'un ralentissement économique, et a pu engendrer une récession ces dernières années²⁴⁵ car elle augmente la vulnérabilité des économies face aux chocs négatifs.

Ce sont les facteurs géographique, historiques et structurels de l'Afrique qui ont causé la créations de ces enclaves de production de matières primaires, qui reposent sur des technologies importées et ayant peu de liens avec d'autres domaines économiques.

Il est donc nécessaire de mener des efforts pour optimiser le rendement du secteur minier, aussi bien que de diversifier l'économie et développer d'autres secteurs d'activités. Sans y revenir outre mesure, nous allons rappeler qu'une des méthodes entreprises pour la diversification a été le développement des zones économiques spéciales (ZES)²⁴⁶. Cependant, l'article de M. le Pr. Yitao Tao, M. le Pr. Yiming Yuan et M. Meng Li note qu'en général les ZES africaines démontrent "*une faible performance par rapport au reste du monde, tant en termes de création d'emplois que d'exportations*" en raison de leur exclusivité et des faibles liens avec les secteurs situés à l'extérieur des zones en question²⁴⁷. Ainsi, en matière de création d'emploi et de conditions de travail, les résultats n'ont pas été aussi prometteurs qu'escomptés. A ce sujet le rapport de l'OIT de 2017 note que : "*des problèmes persistent en matière de protection des*

²⁴³ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2019, *op.cit.*

²⁴⁴ D'après ces chiffres, la région de l'Afrique subsaharienne est la plus durement atteinte par cette dépendance, comparé à 65% de pays de la région de MENA-Moyen-Orient et 50% des pays dans les régions d'Afrique du Nord, d'Amérique latine, Caraïbes, Asie de l'Est et Pacifique.

²⁴⁵ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2019, *op.cit.*

²⁴⁶ D'après le rapport susmentionné de la CNUCED, 38 des 54 pays africains disposent de Zones économiques spéciales, majoritairement bien développées et fonctionnelles. Toutefois, il faut préciser que beaucoup de pays ont seulement établi des cadres de ZES avec peu de véritables zones instaurées.

²⁴⁷ Y. TAO, Y. YUAN, M. LI, M. 2016. «Chinese special economic zones: Lessons for Africa», in *Africa Economic Brief*, Vol. 7, No. 6, pp. 1–16. p. 4

principes et des droits fondamentaux au travail, en particulier la liberté syndicale et la négociation collective, mais aussi l'égalité hommes-femmes"²⁴⁸.

Paragraphe 2. L'étendue de la souveraineté étatique sur le régime juridique minier

La croissance économique de l'Afrique poussée en partie par l'industrie extractive, provoque une augmentation corrélative des PIB nationaux. Toutefois, les inégalités sociales et économiques continuent de se creuser. De plus, comme nous l'avons mentionné²⁴⁹, un rapport précise à juste titre que : “[s]ans gouvernance solide pour gérer l'exploitation des ressources naturelles, les industries extractives ont dépouillé l'Afrique non seulement de son capital naturel, mais aussi de sa richesse publique”²⁵⁰.

Nous allons examiner d'abord le cadre juridique encadrant le domaine minier et les travailleurs (A), puis le resituer dans un contexte social plus large, politique et environnemental inhérent au domaine minier (B).

A. Le régime juridique encadrant le domaine minier et les travailleurs de manière inadapté

À la suite de l'analyse de l'évolution du cadre juridique minier (1), nous analyserons brièvement le droit du travail en Afrique (2).

1) L'évolutions du cadre juridique minier

²⁴⁸ BIT, « La promotion du travail décent et la protection des principes et droits fondamentaux au travail dans les zones franches d'exportation », 2017b, Genève, p. 45.
<https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---ifp_seed/documents/publication/wcms_584475.pdf>

²⁴⁹ Cf. Introduction, pp. 7-19

²⁵⁰ Coalition pour les droits humains dans le développement, Rapport sur le « Développement et investissement en Afrique », *op.cit*

Deux phénomènes marquants pour l'évolution du cadre juridique minier doivent être mentionnés. En premier lieu, il existe une tendance à l'uniformisation des règles qui dépassait les clivages entre *common law* et droit civil, en particulier en Afrique de l'Ouest, deux organisations régionales, UEMOA et CEDEAO, sont composées des pays membres des deux cultures juridiques²⁵¹. Cette communauté juridique s'explique par l'approche similaire des deux régimes en matière de droit extractif. En second lieu, la globalisation a particulièrement marqué le domaine minier par de profondes transformations de l'industrie depuis les années 1980. Ces transformations incluent le développement d'innovations technologiques majeures et la création de marchés globaux de capitaux. La globalisation a eu des conséquences non seulement sur la nature de la société gestionnaire des projets²⁵², mais aussi sur les phases du procédé minier incluses dans les projets²⁵³. Ce mouvement comprend des changements majeurs sur trois plans juridiques, notamment, la transnationalisation, l'internalisation du droit et la modification des règles de droit interne.

S'agissant de cette transformation juridique, la prise en compte de plusieurs phases prolonge la durée des missions et dès lors des contrats. Plus précisément, les contrats miniers nécessitant une longue durée offrent une certaine stabilité juridique aux parties. Toutefois, nous pouvons observer que les règles de bases évoluent assez souvent²⁵⁴, dans le but de pallier les paramètres économiques changeant, notamment les cours instables des matières premières, ou les progrès technologiques.

Comme précédemment mentionné, l'évolution juridique peut être globalement regroupée en trois phases, la phase de nationalisation avec la création et la prospérité des sociétés d'État, l'élargissement de ces sociétés et leur action sur la scène internationale, suivi d'une phase

²⁵¹ Précisément, dans l'espace UEMOA, composé de 8 pays de droit civil. Le code minier de l'UEMOA est uniforme, et a une dominante française. L'espace CEDEAO, quant à lui, regroupe des pays civilistes et de *common law*, qui ont aussi des différences de langue, entre anglais et français. A noter, aussi que la réglementation régionale a une valeur supérieure aux normes nationales.

²⁵² Les sociétés d'État, toujours majoritairement présente dans les années 1980 se retirent petit à petit et sont soit privatisées, soit elles laissent la place aux nouvelles entreprises arrivées de l'étranger.

²⁵³ Avant le mouvement de globalisation, seule la phase d'extraction était couverte par la concession, tandis que la phase extractive, qui s'attache à toute autres étapes jusqu'à la transformation, n'en faisait pas partie.

²⁵⁴ Aujourd'hui, les codes miniers, incluant les domaines pétrolier et minier, sont en phase de révision dans presque un tiers des pays africains. Ces réformes interviennent de façon substantielle ou sur certains points précis.

caractérisée par un recul progressif de la part de l'État dans les entreprises pour arriver finalement à une phase de privatisation. Nous pourrions constater une possible arrivée d'une quatrième phase actuelle, caractérisée par la réglementation renouvelée du secteur et l'aménagement des politiques excessivement néo-libérales non-adaptées au contexte des pays en développement. Nous allons brièvement mentionner les caractéristiques de la première (α), pour ensuite se focaliser sur le mouvement amenant à la privatisation (β) et analyser les changements actuels apparaissant graduellement (γ).

α : De l'apparition à l'essor de la société d'État minière

À la suite de leur indépendance, des États ont voulu exercer leurs prérogatives de puissance publique en nationalisant le secteur minier ou certaines entreprises pétrolières qui opéraient sur leur territoire. Les nationalisations furent particulièrement fortes en Afrique de nord, notamment en Libye²⁵⁵. La nécessaire gestion de ces nouveaux actifs a conduit à la création des sociétés d'État. Par conséquent, le cadre législatif a dû être réinventé. Les sociétés d'État se sont surtout et en premier lieu développées dans le domaine pétrolier. De part leur succès²⁵⁶, les sociétés d'État pétrolières commencent à investir en dehors de leur territoire national et se développent en dehors du cadre juridique de leur État national. Elles vont dès lors agir comme des sociétés de droit privé, entraînant un changement juridique au niveau national, mais aussi des turbulences juridiques sur le plan international²⁵⁷.

Les sociétés d'État en domaine minier sont arrivées assez tardivement, motivées par la création de la position de l'État actionnaire, car les codes miniers ont rendu obligatoire l'octroi à

²⁵⁵ En effet, la vague de nationalisation des entreprises étrangères du domaine pétrolier en Libye a été le précurseur de la fameuse affaire Texaco.

Tribunal arbitral *ad hoc*, affaire *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, *op.cit*

²⁵⁶ Exemple de la société algérienne Sonatrach, dont le chiffre d'affaire est supérieur au budget de l'État dont elle émane.

Intervention de Me Thierry LAURIOL, *Droit minier et pétrolier en Afrique*, dans le cadre du Diplôme d'université Droit international économique en Afrique, Centre de formation permanente, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2019/2020

²⁵⁷ Il s'agit des sociétés publique tenues et opérées par les États. Mais en tant que sociétés de droit privé, elles peuvent être attraites devant les tribunaux étrangers, leurs actifs peuvent faire objet de saisies, etc. Ceci est à rapprocher de l'évolution des immunités juridictionnelles et d'exécutions des États.

titre gratuit à l'État des actions de la société d'exploitation pour renforcer la participation étatique dans le secteur.

β: Le retrait de l'État et la privatisation des sociétés d'État

Ce qui a suivi a été un mouvement de retrait généralisé de la participation de l'État et la privatisation des sociétés d'État, conduisant, *“avec le temps à l'institutionnalisation de relations de pouvoir et d'influence que l'on pourrait qualifier d'asymétriques concernant la régulation des activités minières en Afrique”*²⁵⁸. Ce mouvement se concrétise avec une série de réformes sous l'impulsion de plusieurs acteurs étrangers, principalement des institutions financières et de la Banque mondiale²⁵⁹.

Ce mouvement a été entrepris par les États Africains, car dans la facilitation du développement de leurs industries minières, ils voyaient une possibilité de faciliter le remboursement des dettes extérieures et de maximiser leurs intégrations aux marchés mondiaux. Ce mouvement de déréglementation et de privatisation du domaine minier semblait répondre simultanément aux aspirations des États et des institutions financières internationales²⁶⁰. Les nouveaux arrivés, les exploitants privés, présentent deux atouts forts, notamment une technologie moderne et évolutive et des financements importants.

La Banque mondiale préconisait l'adoption d' *“une politique minière clairement articulée qui met l'accent sur le rôle du secteur privé comme propriétaire et opérateur [des sites miniers] et sur celui du gouvernement en tant que régulateur et agent de promotion”*²⁶¹. Ainsi, pour

²⁵⁸ B. CAMPBELL, M. LAFORCE, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective ». *Recherches amérindiennes au Québec*, 40 (3), 2010, pp. 69–84, p. 73, <<https://doi.org/10.7202/1009370ar>>

²⁵⁹ Nous pouvons observer que depuis les années 1980, la crise des dettes, à travers les programmes d'ajustement structurels, jusqu'en 1995, 35 codes miniers Africains ont été réformés. *Ibid.*

²⁶⁰ Selon un rapport de la Banque mondiale publiée en 1992, les États enfermés dans le cercle vicieux de leurs dettes souveraines, ont été jugés incapable de gérer et de fructifier de manière suffisante le potentiel minier dont ils disposaient. Donc, le secteur était censé *“dépendre largement de l'attraction de nouveau capital de risque provenant des compagnies minières étrangères”*
Banque mondiale, «1992 : Strategy for African Mining» World Bank Technical Paper 181, Africa Technical Department Series, Mining Unit, Industry and Energy, Washington D.C.

²⁶¹ *Ibid.*

redémarrer leurs économies et s'adapter au fonctionnement moderne de l'industrie extractive, la participation de l'État en tant qu'acteur économique devait se limiter au minimum. Quant à son intervention normative, il a été suggéré par la Banque mondiale que l'État devait principalement dérégulariser le secteur pour attirer et faciliter l'insertion des investisseurs privés.

L'encadrement juridique devait offrir une clarté et une stabilité, limitant de "*manière explicite la discrétion ministérielle et la nécessité d'une coordination avec les autres législations*"²⁶². De plus, les nouveaux codes reconnaissaient aux STN des droits miniers de nature à leur offrir des titres de propriété librement transférable²⁶³, garantis sur de périodes de vingt à trente ans ou même plus. Les codes révisés se sont inspirés des législations minières occidentales par rapport à l'implication administrative des États, prescrivant des procédures plus faciles et rapide d'obtention et aboutissant à la conversion des permis et des titres miniers²⁶⁴ nécessaires à travers diverses phases du projet²⁶⁵.

Aujourd'hui, les sociétés d'État minières peu développées cohabitent avec les sociétés privées. Il faut noter que les régimes juridiques actuellement en place sont majoritairement inchangés depuis cette époque. Quelques nouvelles idées apparaissent tout en restant dans la même idéologie. Nous pouvons mentionner l'expérience initiée par le Sénégal. La privatisation des sociétés minières y fut conduite par les STN étrangères. Le Sénégal essaya de mettre en valeur le secteur privé local avec l'octroi d'une participation des entreprises sénégalaises. Toutefois, cette initiative contient une lacune considérable. Selon différents critères de la détermination de la nationalité d'une personne morale, l'entreprise peut tout à fait être

²⁶² B. CAMPBELL, M. LAFORCE, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective », *op.cit.* p. 74

²⁶³ Nous entendons, par ceci, la liberté pour la propriété ou le capital y obtenu de se déplacer librement dans plusieurs économies, et en particulier la liberté pour les STN de faire sortir leurs profits de l'État d'accueil.

²⁶⁴ Le titre minier est un document administratif indispensable pour conduire des opérations d'exploitation sur un périmètre donné. L'octroi du titre minier est dans la continuité de la vague de privatisation. En principe, il n'y pas d'exploitation minière autorisée sans titre minier.

²⁶⁵ La phase de prospection consiste à étudier de façon superficielle un certain nombre d'éléments qui permettent de définir ou non l'intérêt d'un éventuel titre d'exploitation. Ainsi, l'autorisation de prospection ne permet pas de construction de forage mais permet de prendre des échantillons pour analyse scientifique déterminant la rentabilité du futur projet.

Le titre minier d'exploitation, peut être octroyé à la suite de la conclusion des travaux d'exploration, ceux-ci résultant en une découverte de la ressource en quantité commercialement exploitable (qualité et quantité), ce qui conduit à des études de pré-faisabilité et de faisabilité.

sénégalaise, mais en même temps être détenue par des actionnaires étrangers²⁶⁶. Ceci biaiserait les effets voulu ou espéré de la loi sénégalaise.

γ : L'avènement d'un nouveau mouvement

Dans ses travaux précédents²⁶⁷, Bonnie Campbell identifie plusieurs générations de codes miniers africains. La première génération se caractérisait par la libéralisation et la privatisation du secteur minier.

Ensuite, «*les générations qui ont suivi ont en partie visé, sur la base des études précitées de la Banque mondiale, à répondre aux problèmes posés par les expériences précédentes, notamment grâce à une certaine forme de « re-réglementation » dans le secteur*»²⁶⁸. Les États ont notamment reconnu les nuisances du système précédemment mis en place et ont repris leur rôle de régulateur tout en restant aussi un facilitateur des investissements privés. Cette révision du rôle de l'État vient compenser les lacunes et améliorer le fonctionnement de l'ancien système. Plus précisément, cet ancien système reposait sur des politiques étrangères transposées sur le sol africain, définies selon les critères qui correspondaient à une idéologie globale mais n'étaient pas nécessairement adaptées aux réalités politiques et économiques de chaque État africain individuellement. Ainsi cette extériorisation est aussi visible par l'accentuation des intérêts étrangers ou nationaux²⁶⁹.

De plus, certains anciens codes se basaient sur une logique guidée par les investisseurs, des «*meilleures pratiques*»²⁷⁰. Cette logique tentait «*rarement compte du lourd héritage dont sont*

²⁶⁶ L'organigramme complexe et les nationalités différentes de la personne morale et des actionnaires est analysée dans l'affaire *Barcelona Traction*, s'agissant des actionnaires belges de la société de nationalité canadienne. CIJ, affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Belgique c. Espagne, arrêt du 24 juillet 1964.

²⁶⁷ B. CAMPBELL (dir.), « Enjeux des nouvelles réglementations minières en Afrique », Document de recherche 3, Nordic Africa Institute, Uppsala (Suède), 2004

²⁶⁸ B. CAMPBELL, M. LAFORCE, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective », *op.cit.* p. 75

²⁶⁹ P. ex., il pouvait être opposé à l'État le remboursement de la dette comme priorité par rapport au financement des programmes sociaux.

²⁷⁰ Comprennent les principes de la transparence, bonne gouvernance, stabilité, etc.

*porteuses plusieurs institutions étatiques africaines et que les réformes des législations minières ont parfois même paradoxalement contribué à renforcer*²⁷¹.

Aujourd'hui, les vagues successives de réforme entraînent un processus de redéfinition du rôle et des responsabilités des gouvernements africains, essayant d'inclure la capacité des États à mettre l'exploitation de leurs ressources au service du développement national, mais en gardant un cadre économique, politique et juridique favorable aux investissements privés étrangers. Tout en leur reconnaissant des dispositions favorables en matière fiscale ou non fiscales²⁷², les États commencent à prioriser le rendement local des IDE et leur contribution au développement de l'État - donnant une place importante au droit du travail, aux protections des travailleurs des mines et à la protection de l'environnement.

Il est d'ailleurs primordial que les pays ne soient pas forcés d'abdiquer leur espace politique, car ils restent les seuls responsables de la protection de leurs populations et de leur environnement.

2) Le droit du travail en Afrique

En Afrique, les codes du travail, sont presque toujours inspirés des anciennes législations coloniales qui ne tiennent compte que du modèle classique des relations de travail²⁷³, plus proche des réalités des pays du Nord. Il faudrait pourtant tenir compte de l'évolution du marché du travail, que ce soit dans les pays africains ou occidentaux, notamment de la montée du chômage, des dynamiques d'exclusion et de l'apparition récente de nouvelles formes de travail, en particulier le travail à temps partiel et le travail à domicile. De manière générale, les codes du travail s'appliquent à tout travail salarié indépendamment du secteur d'activité, formel et informel. Se pose donc le problème de la prise en compte des réalités pratiques du marché du

²⁷¹ B. CAMPBELL, M. LAFORCE, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective », *op.cit.* p.75

²⁷² <<https://www.a-mla.org/guidingtemplate/part/265>>

²⁷³ En effet, la relation de travail est le lien légal entre un employeur et un salarié, dont ce dernier "*s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération*". J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 2006, 24^e édition, p.215

Un modèle classique des relations de travail peut se caractériser par des formes traditionnelles contractuelles entre l'employeur et l'employé, tels que les contrats d'apprentissage, contrat individuel de travail etc.

travail. Selon l'auteur, Ousmane Oumarou SIBIDE, ancien Ministre de l'Emploi, de la Fonction publique et du Travail du Mali²⁷⁴, la législation du travail est inadaptée au contexte africain. Les codes du travail présentent généralement deux enjeux principaux, le formalisme excessif et "l'insuffisance notoire des Administrations du travail sur le plan logistique et organisationnel"²⁷⁵.

Le secteur informel, exclu des règles générales reste une zone dominée par l'infra-droit. Nous pouvons analyser cette expression non pas par rapport à une absence de régulation mais principalement par rapport au contenu des textes le régissant. Selon la qualification utilisée par Danièle LOCHAK²⁷⁶ la réglementation infra-droit reconnaît à ses sujets des droits et des garanties insuffisants, n'offrant pas nécessairement une véritable protection juridique.

La libéralisation économique et la privatisation des entreprises publiques engagées dans le courant des années quatre-vingt se sont accélérées avec la conclusion de Programmes d'Ajustement Structurel²⁷⁷ par la quasi-totalité des pays. Cette évolution des droits internes, tenant compte du contexte actuel, a été accomplie sous l'impulsion des institutions financières internationales. Les objectifs essentiels de ces réformes étaient de limiter le rôle de l'État ainsi que d'introduire une plus grande flexibilité et protection des investissements et intérêts privés.

Depuis les années 2000, le droit du travail est en processus de rénovation avec une modernisation et une prise en compte accentuée des différentes formes de travail précédemment exclues. Toutefois, le droit national du travail reste insuffisant pour réguler de façon appropriée les problèmes et réalités transfrontaliers. Le mouvement de réforme serait renforcé par l'harmonisation du droit dans le cadre du Projet d'acte uniforme de l'OHADA portant sur le droit

²⁷⁴ O.O. SIBIDE, « Réalités africaines et enjeux pour le droit du travail », *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2000

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ D. LOCHAK, « Réflexion sur un infra-droit », *Droit social, Editions techniques et économiques*, 1976, pp. 43-49.

²⁷⁷ Ce sont les programmes de réformes économiques conclus entre un État en difficulté économique et le FMI ou la Banque mondiale, dans le but de permettre aux États de sortir de leur crise économique.

du travail et visant à éliminer les divergences dans les droits internes des pays membres. Toutefois, selon cette organisation, le projet d'acte n'a toujours pas abouti²⁷⁸.

Malgré une histoire juridique commune, marquée par de fortes similitudes entre les dispositions des Codes du travail des États africains, il existe toujours des disparités portant sur les droits garantis, leur étendu et leur substance. Il en va ainsi du travail à temps partiel²⁷⁹ ou du travail temporaire, régularisés par certains États d'Afrique de l'Ouest²⁸⁰. Ces dispositions ont cependant été instrumentalisées par les STN minières pour remplacer les travailleurs locaux par des sociétés de travail temporaire afin d'assurer des activités permanentes de l'entreprise.

Les droits des travailleurs miniers sont garantis par un certain nombre d'instruments supranationaux adoptés dans le cadre de l'OIT (Convention (n° 176)²⁸¹ sur la sécurité et la santé dans les mines -1995) et par l'Union africaine dans le cadre de la Charte Africaine des droits de

²⁷⁸ Site web de l'OHADA, consulté en juillet 2020 <<https://www.ohada.org/index.php/fr/travailler-ou-faire-un-stage-a-l-ohada/saisir-le-secretaire-permanent/saisir-le-centre-d-arbitrage/saisir-la-ccja-pour-un-recours/saisir-la-ccja-pour-un-avis/obtenir-le-role-des-audiences-de-la-ccja/acceder-a-la-jurisprudence-ohada/obtenir-de-la-documentation-sur-l-ohada/vous-rendre-dans-une-institution-de-l-ohada/reformes-en-cours-avant-projets-et-revisions-d-actes-uniformes/l-harmonisation-du-droit-du-travail>>

²⁷⁹ N'est prévu que dans les Codes du travail de Côte d'Ivoire (Article 21.2 du code de travail de Côte d'Ivoire), du Mali (Article L.133 du code de travail du Mali) et du Sénégal (Article L.137 du code de travail du Sénégal.) République de Côte d'Ivoire, Loi n° 2015-532 du 20 juillet 2015 portant Code du travail ; République de Mali, Loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code du travail; République de Sénégal, Loi n°1997-17 du 1er décembre 1997 portant Code du travail.

²⁸⁰ Les codes du travail du Burkina Faso, de Côte d'Ivoire, de Guinée, du Mali, du Niger, et du Sénégal comportent les dispositions prévoyant le temps temporaire. *Idem*, République de Niger, Loi n°2012-45 du 25 septembre 2012 portant Code du travail

²⁸¹ La Convention n° 176 de l'OIT sur la sécurité et la santé dans les mines est ratifiée par 34 pays du monde dont 7 en Afrique et 1 seul en Afrique de l'Ouest. Convention n° 176 de l'OIT sur la sécurité et la santé dans les mines, 1995, Genève, 82 session CIT, 22 juin 1995
Le site de l'OIT énumère d'autres conventions et l'état de leurs ratifications par les États africains. <<https://www.ilo.org/africa/areas-of-work/labour-standards/lang--fr/index.htm>>

l'Homme et des peuples - article 15²⁸². Les États membres²⁸³ ou signataires²⁸⁴ sont tenus au respect de ces dispositions.

Le secteur étant particulièrement dangereux, les conditions de travail, la sécurité et la santé des travailleurs nécessitent une préoccupation toute particulière. Les travailleurs sont notamment exposés à des risques de maladie, ou d'accidents. Leur santé et leur sécurité sont encore moins garanties dans le domaine extractif artisanal où travaillent également beaucoup d'enfants mineurs, compromettant ainsi leur développement physique et leur épanouissement général²⁸⁵.

Ainsi, au sein du domaine industriel, il convient de faire la distinction entre le traitement des travailleurs locaux et celui des travailleurs expatriés ou des travailleurs étrangers, spécialement ceux provenant du pays d'immatriculation de la compagnie extractive. Leurs traitements respectifs se distinguent de manière significative. Les protections minimales sont généralement octroyées aux travailleurs de manière disparate et non uniforme par les droits locaux que les STN instrumentalisent en leur faveur. Cependant, les travailleurs étrangers peuvent cumuler les protections et les droits octroyés par le droit local et le droit du pays d'immatriculation. De plus, dans les pays d'Afrique de l'Ouest, les protections sociales ne sont pas uniformément garanties, encore moins le droit de grève²⁸⁶. Ainsi, les incidences de la grève des travailleurs sont caractérisées par des violences accrues entre les grévistes et les forces de

²⁸² Article 15 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples : *“Toute personne a le droit de travailler dans des conditions équitables et satisfaisantes et de percevoir un salaire égal pour un travail égal”*.

²⁸³ Selon l'article 1 de la Charte : *“Les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer”*.

²⁸⁴ Les Conventions de l'OIT sont contraignantes pour les pays qui les ont ratifiées, ainsi, seules les conventions signées et ratifiées sont opposables aux États parties. Ceci semble logique car, suivant la théorie volontariste, les États signataires ont en effet exprimé leur volonté d'être liés par ces instruments de l'OIT, ainsi par la ratification, les États reconnaissent à leurs charges des obligations y contenues. A contrario, l'inopposabilité des conventions, aux pays membres de l'OIT qui ne les ont pas signé ou ratifié, est déterminée et encadrée par l'article 19§5 de la Constitution de l'OIT.

²⁸⁵ Cinquante pays ont ratifié la Convention n°182 sur les pires formes de travail des enfants, de 1999 et quarante-neuf ont ratifié la Convention n°138 de 1973 sur l'âge minimum de travail. Toutefois il est difficile de garantir leur bonne application dans le secteur artisanal quasi-exclu de quelconque contrôle gouvernemental. <<https://www.ilo.org/africa/areas-of-work/labour-standards/lang--fr/index.htm>>

²⁸⁶ Les quarante-huit pays africains sur cinquante-quatre ont ratifié la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948. Le droit de grève n'est nullement mentionné. <<https://www.ilo.org/africa/areas-of-work/labour-standards/lang--fr/index.htm>>

l'ordre nationales, ou celles des entreprises privées chargées de la sécurité des infrastructures d'investissements²⁸⁷.

B. L'importance et les enjeux inhérents au secteur minier en Afrique

Les régulations précitées sont confrontées aux dures et sévères réalités de l'activité minière et des conditions particulièrement dangereuses pour les travailleurs. L'industrie extractive joue un rôle très important économiquement non seulement pour l'Afrique mais également sur la scène mondiale²⁸⁸. Mais, en dépit de sa contribution à la production mondiale, l'Afrique ne perçoit pas la part des bénéfices qui y sont associés. Plusieurs facteurs l'expliquent, comme les particularités des IDE en Afrique.

D'autres raisons sont plus précisément attachées au secteur extractif. En effet, comme de nombreux pays Africains n'ont ni les moyens ni l'expertise indispensables à la transformation sur place des ressources exportées, ils sont contraints d'exporter des produits bruts à bas prix tandis qu'ils importent des produits dérivés à un coût exorbitant.²⁸⁹

L'une des activités extractives qui reflète et résume le mieux les enjeux du secteur minier est l'orpaillage. Il faut rappeler brièvement la distinction entre l'activité dite « sauvage », et celle

²⁸⁷ À titre d'exemple, nous pouvons citer le cas de la grève des travailleurs de la mine de platine de Marikana, en Afrique du Sud, résultant en un affrontement avec les forces de sécurité et ayant causé une quarantaine de morts, près de soixante-dix blessés et deux-cents arrestations. Marikana Commission of Inquiry, Report on Matters of Public, National and International Concern Arising Out of the Tragic Incidents at the Lonmin Mine, 2015

²⁸⁸ Plus précisément, l'Afrique du Sud produit 75% du platine mondial, 46% du chrome, 35% du vanadium et plus de 15% de l'or et du manganèse ; la République démocratique du Congo fournissait en 2012 55% de la production mondiale de cobalt, un quart des diamants industriels, 14 % du tantale et 3% du cuivre et de l'étain; La Zambie est sixième producteur mondial de cuivre et cinquième dans la production du cobalt. La Guinée-Conakry fournit 8 % de la production mondiale de bauxite, etc.

T. R. YAGER, (2014), «The Mineral Industry of South Africa of Congo», Kinshasa, 2012 *Minerals Yearbook, Geological Survey and Africa Panel Progress*, Washington DC, 2013; Africa Progress Panel, Rapport 2013 sur les progrès en Afrique «Equité et Industries Extractives en Afrique: Pour une gestion au service de tous», Genève.

²⁸⁹ P. MANIRAKIZA, « La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique » In : *Criminologie*, 49 (2), 2016, pp. 115–140. <<https://doi.org/10.7202/1038419ar>>

dite « encadrée »²⁹⁰ de l'orpaillage. Entre ces deux terminologies, ce ne sont pas les méthodes d'extraction qui changent, mais l'encadrement et sa valeur légale.²⁹¹ Le terme orpaillage est plus souvent utilisé en référence à l'activité sauvage, non encadrée.

Le Burkina Faso, malgré ses richesses minières, est l'un des pays les moins développés d'Afrique de l'Ouest et parmi les moins développés de la planète²⁹². Cette richesse, doublée de politiques incitatives des dirigeants burkinabés, attire les compagnies minières internationales, comme Nordgold ou Cluff gold²⁹³. Ce début de XXI^e siècle est marqué par une montée du cours des matières premières et particulièrement des métaux comme l'or, ce qui en fait le premier produit d'exportation du Burkina Faso depuis 2009. Il faut toutefois noter l'instabilité et la fragilité du marché burkinabé de l'or, car les filons burkinabés ne contiennent qu'une faible teneur en minerai et leur rentabilité est fonction d'un cours élevé du minerai.

La production aurifère burkinabé constitue le deuxième secteur de production nationale après l'agriculture, et cette dernière dépend donc de cette ressource²⁹⁴. Les orpailleurs, dispersés sur trois-cents sites sur tout le territoire, déclarent une production annuelle de 450 kilogrammes²⁹⁵. Toutefois, la pauvreté prononcée, la forte croissance démographique et l'absence

²⁹⁰ L'orpaillage sauvage est une activité extractive par laquelle quiconque s'improvise chercheur d'or et s'autorise à en faire commerce. Dans le cadre de l'orpaillage sauvage ou non-encadré, l'or emprunte des circuits informels voire illicites où l'État ne bénéficie souvent que de peu de retombées financières. D'un autre côté, l'activité encadrée est soumise à une autorisation d'exploration et d'exploitation délivrées par l'État. Dans ce cadre, l'État et les collectivités locales exercent un suivi et bénéficient d'un retour financier, grâce aux impositions et autorisations.

²⁹¹ S. GILLES, «L'orpaillage face à l'arrivée des industries minières aurifères : cas du Burkina Faso», *L'évaluation environnementale pour une gestion durable des ressources minières, énergétiques et biologiques*, 17^e Colloque international en évaluation environnementale, Montréal 2012

²⁹² Le Burkina Faso a été classé 183 sur 188 du classement du PNUD selon l'indice de développement humain en 2019, ayant remonté de deux places en quatre ans (185^e place en 2015). Cette situation n'est pas spécifique au Burkina, c'est notamment avec le cas de la République démocratique du Congo, qui tout en étant une « superpuissance » minière occupe la 176^e place, remontant de 10 place en 5 ans (186 en 2014).
<[²⁹³ Cluff Gold nouvellement appelé Amara mining, est principalement actif sur les sites miniers de Sega et Kalsaka au Burkina Faso. Nordgold pour sa part exploite les mines de Bissa et de Tarapako-Bouroum Cf. <<https://nxs.gold/wafrica/>>](https://atlasocio.com/classements/economie/developpement/classement-États-par-indice-de-developpement-humain-monde.php#:~:text=Les%20%C3%89tats%20du%20monde%20poss%C3%A9dant,le%20Tchad%2C%20et%20le%20Burundi.></p></div><div data-bbox=)

²⁹⁴ Le PNUD estime en 2011 à 1,3 million le nombre de personnes directement impliquées dans l'orpaillage au Burkina Faso soit 7 % de la population totale.
J. BOHBOT, « L'orpaillage au Burkina Faso : une aubaine économique pour les populations, aux conséquences sociales et environnementales mal maîtrisées », *EchoGéo*, 2017

²⁹⁵ Ministère de l'économie et des finances burkinabé, 2013

totale de contrôle des autorités poussent la population à se lancer dans l'orpaillage artisanal, dont la production estimée est proche de 2 tonnes²⁹⁶.

Plusieurs enjeux se posent au secteur extractif. De manière non limitative nous allons en mentionner quelques-uns. Premièrement, l'activité extractive affecte gravement l'environnement, surtout lorsqu'il s'agit de l'utilisation de méthodes moins coûteuses mais particulièrement néfastes²⁹⁷. De plus, la production d'or, que cette activité soit artisanale ou industrielle entraîne aussi des effets par la déforestation et la pollution des eaux et des sols qu'elle engendre, et la dégradation des sols au détriment de l'agriculture. La pollution résultant d'une activité extractive n'est pas spécifique au cas de l'orpaillage, comme le témoigne l'affaire du peuple Ogoni au Nigeria face à la société Royal Dutch Petroleum²⁹⁸ dont nous avons parlé en introduction et qui sera analysée plus loin.

Deuxièmement, il faut tenir compte de la précarité des conditions de travail des orpailleurs pouvant générer différentes crises sanitaires. Les procédés utilisés pour dissocier l'or de la pierre sont extrêmement dangereux pour la santé humaine, ainsi que pour la flore et faune locales²⁹⁹.

Troisièmement, l'activité artisanale engendre le problème de l'émergence de nouveaux territoires. Notamment, lorsqu'un site est découvert, qu'il reste sauvage ou devienne industriel, les orpailleurs s'organisent dans un premier temps en campements. Par la suite, de véritables

²⁹⁶ L'illustration: en 2014 l'ONG Public Eye dénonçait l'importation réelle, en Suisse de plusieurs tonnes d'or du Togo, pays n'ayant pourtant pas de mines industrielles sur son territoire. L'or est en fait produit dans les mines du nord et de l'ouest du Burkina Faso.

²⁹⁷ Terrains pollués durablement par le rejet de substances toxiques comme le mercure ou le cyanure, avec des nappes phréatiques situées à proximité des sites miniers et contaminées aux métaux lourds détruisant par la suite les sources d'eau et de nourriture des populations locale.
J. BOHBOT, « L'orpaillage au Burkina Faso : une aubaine économique pour les populations, aux conséquences sociales et environnementales mal maîtrisées », *op.cit.*

²⁹⁸ Cour Suprême des États-Unis, *Affaire Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*, 621 F (3d) 11, Commission ADHP, affaire No 155/96, The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights c. Nigeria , *op.cit.* <http://www.achpr.org/francais/_doc_target/documentation.html?../decisions/30thsession.pdf>

²⁹⁹ Selon un rapport paru en 2013, les coûts des dégâts occasionnées pour l'année 2011, pour la santé humaine et animale, la contamination des sols et des nappes phréatiques du fait des pollutions chimiques, s'élevaient à 24 millions de dollars (USD) soit 0,21 % du PIB Burkinabé.
Rapport D. LANKOANDE ET D. MARADAN, *Coût de l'inaction de la gestion des produits chimiques dans le secteur minier et agricole*, Ministère de l'Environnement et du Développement Durable, Burkina Faso, juin 2013.

villes peuvent ensuite émerger³⁰⁰. Ces villes éphémères n'ont pas le statut légal de commune et n'ont donc pas de pouvoir face à l'État³⁰¹. De même, du fait de leur absence de statut légal, ces villes sont dépourvues d'infrastructures sanitaires et sociales et de la présence des institutions essentielles.

Face à ces enjeux, l'État Burkinabé a pris en compte l'extraction artisanale dans son nouveau code minier³⁰², révisé en 2013, prenant en considération les problématiques environnementales et sociales.

En dehors des conséquences environnementales qui sont communes, il existe une claire distinction, voire une véritable concurrence entre l'activité industrielle et artisanale. Notamment, si la population locale et les agriculteurs sont indemnisés pour la perte des parcelles de terres à la suite du développement de mines industrielles, la situation des orpailleurs est différente. Ainsi, les terrains aurifères, déjà exploités illicitement par des orpailleurs sont par la suite attribués aux sociétés minières. Leur installation peut être marquée par l'évacuation des artisans, parfois même par l'usage de la force³⁰³. Mais il arrive que certains codes prévoient que les sociétés minières encadrent les orpailleurs, les artisans³⁰⁴.

Le mines industrielles peuvent employer des ouvriers locaux, orpailleurs ou non. Mais en l'absence de dispositions claires dans les codes minier, ce choix dépend principalement des STN. Les conditions précises d'embauche ou de travail des orpailleurs ne sont que rarement encadrées. Cependant, de telles dispositions se rencontrent de plus en plus souvent dans les conventions-types d'emploi ou d'embauche et de formation de la main d'œuvre locale. Toutefois il n'existe pas de véritables protections pour les orpailleurs ou les artisans travaillant déjà sur les terrains avant l'installation des entreprises industrielles.

³⁰⁰ L'exemple de la ville construite au site d'Essakane avec 11.000 habitants.

³⁰¹ S. GILLES, « L'orpaillage face à l'arrivée des industries minières aurifères : cas du Burkina Faso », *op.cit*

³⁰² Burkina Faso, le Code minier, *op.cit*.

³⁰³ Cour Suprême des États-Unis, *affaire Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co*, *op.cit* ; les faits ont été aussi jugé par la Commission ADHP, dans l'affaire *The Social and Economic Rights Action Center for Economic and Social Rights, Nigeria*, n° 155/96 <http://www.achpr.org/francais/doc_target/documentation.html?../decisions/30thsession.pdf>

³⁰⁴ P.ex. le Code minier de Côte d'Ivoire prévoit l'exploitation artisanale, dans son titre IV, sur les autorisations d'exploitation minière semi-industrielle et artisanale. Code minier, *op.cit*.

Section 2. Un système de contentieux défavorable à l'État

Les États sont les premiers garants des droits de l'Homme sur leurs territoires³⁰⁵. Ils sont liés par des engagements internationaux contraignants garantissant le respect de ces droits³⁰⁶. Historiquement, certaines obligations qui incombait aux États en matière de droits humains ont été négatives et de moyens, mais les réalités d'aujourd'hui démontrent la nécessité d'une protection plus accrue que certains avancements jurisprudentiels confirment. L'introduction d'obligations positives³⁰⁷, ou de résultat, représente un élargissement important de la responsabilité de l'État, ce qui assure une meilleure garantie des droits pour les individus et un élargissement des recours pour les victimes (*paragraphe 1*).

Toutefois, une difficulté demeure dans la mise en cause de la responsabilité des STN. Les instances ouvertes pour les États dans leur droit interne sont fortement limitées par les clauses d'arbitrage³⁰⁸. Si le seul recours disponible est l'arbitrage, il reste tout de même profondément inadapté pour la recherche de la responsabilité des STN (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1. L'accès des victimes au recours

Nous allons envisager les contentieux étatiques (A), puis le contentieux interétatique (B), pour enfin analyser brièvement la médiation en tant qu'alternative souvent utilisée (C).

A. Les contentieux étatiques

³⁰⁵ Article 1er de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples : “*Les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer.*”

³⁰⁶ P. ex., la Convention Européenne des droits de l'Homme, ou la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples

³⁰⁷ P. ex. dans l'arrêt *Airey c. Irlande* la Cour ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir d'ingérence, à cette obligation négative peuvent s'ajouter des « obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale ». CEDH, Chambre, *affaire Airey c. Irlande*, Requête n° 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979
Ainsi, dans l'arrêt *X et Y c. Pays-Bas*, la Cour reconnaît l'obligation positive d'assurer le respect effectif des droits “ même dans la sphère des relations des individus entre eux”. CEDH, Chambre, *affaire X et Y c. Pays-Bas*, Requête n° 8978/80, arrêt du 26 mars 1985

³⁰⁸ L'expression du consentement à l'arbitrage dans les TBI ou dans les codes d'investissement enlève la possibilité de poursuite du juge interne des STN.

Comme nous l'avons mentionné, les États parties à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (ci-après la Charte africaine) sont responsables de la garantie des droits de l'homme sur leurs territoires. A travers les obligations positives³⁰⁹, l'État ne peut plus se contenter de s'abstenir de violer lui-même directement un des droits contenus dans la Charte. Il est donc responsable des actes commis par les multinationales sur son territoire et doit assurer positivement la protection des droits fondamentaux reconnus aux individus. Donc le premier et principal recours disponible aux victimes est le recours devant les instances internes.

D'un côté, les victimes peuvent se retourner directement contre les STN par les voies de recours devant les juridictions nationales. Le droit étatique en matière de droits de l'Homme, et la transposition des normes internationales et régionales auxquelles l'État fait partie les rends contraignants dans l'ordre interne, et dès lors opposables aux acteurs implantés sur son territoire. Dès lors, pour autant que les juridictions nationales restent compétentes, les recours disponibles

L'obligation positive est confirmée par la Commission africaine concernant les droit procéduraux, par exemple dans l'affaire *Women's Legal Aid Center (on Behalf of Sophia Moto) c. Tanzanie*. Commission ADHP, *affaire Women's Legal Aid Center (on Behalf of Sophia Moto) c. Tanzanie*, Communication 243/2001, 7 décembre 2004.

aux victimes contre les STN permettraient de leur opposer les règles applicables de droit national des droits de l'Homme.

D'un autre côté les victimes peuvent exercer un recours contre l'État pour les faits dommageables des STN et/ou contre d'autres personnes morales de droit public. En l'occurrence, les faits constitutifs de violations des droits de l'Homme commis par les STN ou les personnes morales de droit public peuvent être imputables à l'État. De ce fait les victimes peuvent poursuivre ce dernier pour des actions qui n'émanent pas uniquement ou directement de l'État.

Enfin, en tant que premier responsable de la protection des droits de l'Homme, l'État peut être le seul apte à mettre en œuvre et contrôler les recours internes contre les violations du droit national et international des droits de l'Homme des STN. Mais les actions en droit interne, aussi importantes qu'elles soient, ne sauraient suffire étant donné la capacité des STN de s'affranchir de la juridiction étatique, d'être «*partout et nulle part*»³¹⁰, compte tenu du caractère transnational de leurs activités. Ces actions étatiques devraient s'accompagner de mesures internationales et régionales visant à poursuivre et à responsabiliser les STN.

B. Les contentieux interétatiques

Dans le cadre de la recherche de la responsabilité étatique, une fois que les recours internes sont épuisés, si les violations des droits de l'Homme n'ont pas été réparées dans un délai raisonnable, les victimes peuvent exercer une action devant les organes de la Charte, notamment,

³¹⁰ M. ÖZDEN, « État des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des "Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises" », *op.cit.* p.2

la commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (1) et sous certaines conditions particulières la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (2). Nous mentionnerons enfin le rôle limité que peuvent jouer les tribunaux des communautés économiques régionales africaines dans le contentieux des droits de l'Homme (3).

1) La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples

311

La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (ci-après, la

312

Commission ADHP ou « la Commission ») est un organe de la Charte . La Commission a pour mission d'assurer la promotion et la protection des droits de l'Homme sur le continent

313

africain .

La Commission est mise en place le 2 novembre 1987 et a son siège à Banjul, Gambie.

L'article 30 de la Charte : *“Il est créé auprès de l'Organisation de l'Unité Africaine une Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ci-dessous dénommée « la Commission », chargée de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique.”*

Le mandat et les compétences sont déterminés par la Charte dans les articles 31 et suivants.

L'article 45 de la Charte énumère les missions de la Commission.

La Commission peut entreprendre des études et des recherches dans le domaine des droits

314

de l'Homme et des peuples, statuer sur les communications soumises contre les États et

transmettre ses avis et ses recommandations aux gouvernements. Elle a aussi pour mission

d'adopter des résolutions spécifiques ou thématiques sur des violations graves des droits de

l'Homme. La Commission s'exprime sur la protection des droits consacrés par la Charte, les

droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels, les droits des peuples ou

315

les droits collectifs ainsi que ceux consacrés par les Protocoles additionnels . Le traitement

316

égalitaire des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels s'avère

particulièrement important, surtout pour le sujet de notre recherche. Ainsi, les communications

317

peuvent être soumises à la Commission concernant le droit à un procès équitable , mais plus

Les États sont obligés de *“respecter, de protéger, de promouvoir et de mettre en œuvre [les] droits”* garantis par la Charte, ou par les Protocoles additionnels. Les communications peuvent être soumises pour tout acte constituant une violation d'un de ces droits commis après la date de ratification de ces instruments par l'État partie.

Commission ADPH, Centre for Minority Rights Development et MRG au nom du peuple Endorois c. la République du Kenya, Communication N° 176/2003, 4 Février 2010.

P. ex., le protocole sur les droits des femmes en Afrique.

L'article 7 de la Charte : *“Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend :*
a. *le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur; ...”*

--- ---
pertinemment les droits fondamentaux liés au travail . De plus, des Lignes directrices ont été publiées par un groupe de travail établi par la Commission sur la question particulière du rôle des États dans la protection des droits humains contre les violations commises par d'autres acteurs publics et privés. Un autre groupe de travail a été mis en place en 2009, examinant la question de l'impact de l'industrie extractive sur l'environnement et les droits de l'Homme en Afrique .

320

Si, une communication peut être introduite contre un État pour son fait ou le fait d'un acteur privé , en l'occurrence une STN, la régulation sur le recours direct des victimes contre celles-ci reste imprécise. De plus, une communication ne peut être introduite que *“s'il peut être démontré que la violation est due au manquement de l'État quant à sa responsabilité de*

321

L'article 15 de la Charte : *“Toute personne a le droit de travailler dans des conditions équitables et satisfaisantes et de percevoir un salaire égal pour un travail égal.”*

Commission ADHP, Projet de rapport d'activité de la présidente du groupe de travail sur les droits économiques, sociaux et culturels, 44e Session ordinaire, Abuja, Nigéria, <www.achpr.org>

Commission ADHP, Résolution sur la création d'un groupe de travail sur les industries extractives, l'environnement et les violations des droits de l'Homme en Afrique, novembre 2009, ACHPR/Res148(XLVI)09.

Notamment, est reconnue l'obligation de l'État de protection contre les faits des acteurs privés et de garantir le respect des droits dans leurs actions.

protéger” . Ainsi, comme le démontre l’affaire Ogoni au Nigéria, la Commission n’est compétente que pour examiner les faits imputables à l’État, ainsi que la responsabilité de l’État

324

pour ne pas avoir empêché les violations commises par les STN . De manière innovante, la Charte énonce en même temps les obligations pour les États parties mais aussi les devoirs des individus. Selon un rapport de SAIFAC de l’Université de Johannesburg, le système africain des droits de l’Homme pourrait représenter un forum opportunément apte pour invoquer directement

325

la responsabilité des acteurs privés, en particulier des personnes morales de droit privé . Toutefois, l’application “horizontale” de la Charte reste controversée et majoritairement prospective.

Rapport FIDH, *Entreprises et violations des droits de l’Homme : Un guide sur les recours existants à l’attention des victimes et ONGs*, version actualisée de 2012, pp. 126-156

Commission Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, *op.cit.* Cf Introduction pp. 7-8

En effet, la Commission recherche non seulement si l’État est responsable pour violation d’une obligation négative, sous-entendant qu’il aurait dû s’abstenir de commettre des violations lui-même. Aussi, l’État peut répondre à son obligation positive, estimant qu’il n’a pas œuvré effectivement pour empêcher la commission des violations des droits de l’Homme par l’acteur privé.

Rapport de SAIFAC, *The State Duty to Protect, Corporate Obligations and Extra-Territorial Application in the African Regional Human Rights System*, Johannesburg, 17 février 2010, pp.13-31

Pour déposer une communication devant la Commission, le plaignant n'a pas besoin d'être la victime directe ou lié à la victime de la violation, ce peut être un citoyen ou une groupe de citoyens, une ONG, sous conditions qu'elle soit autorisée par le Secrétaire de la

326

Commission d'agir en justice devant la Commission. En effet, les individus et les ONG ainsi dotés du statut d'observateur par le Secrétaire de la Commission africaine peuvent introduire des communications devant celle-ci. Les plaignants ne sont pas obligés d'informer ou de demander l'autorisation de l'État à l'encontre duquel ils introduisent leur communication. Cet État ne peut

327

pas s'opposer au dépôt de la communication. Un autre État partie peut également introduire une communication.

La recevabilité du recours par les individus ou les acteurs de la société civile est novatrice et se distingue des autres instruments régionaux ou internationaux, pour lesquelles le recours

L'article 55 de la Charte : "1. *Avant chaque session, le Secrétaire de la Commission dresse la liste des communications autres que celles des États parties à la présente Charte et les communique aux membres de la Commission qui peuvent demander à en prendre connaissance et en saisir la Commission.*
2. *La Commission en sera saisie, sur la demande de la majorité absolue de ses membres.*"

L'article 47 de la Charte : "Si un État partie à la présente Charte a de bonnes raisons de croire qu'un autre État également partie à cette Charte a violé les dispositions de celle-ci, il peut appeler, par communication écrite, l'attention de cet État sur la question. ..."

n'est ouvert qu'aux victimes directes ou victimes par ricochet . S'agissant d'un organe quasi-juridictionnel rendant des avis et des recommandations non contraignantes aux États contre qui les communications sont soumises, cette ouverture permet d'attirer l'attention sur les violations plus facilement et plus rapidement. Ainsi, en absence de sanction, la possibilité d'implication de la société civile peut permettre une plus grande visibilité de la procédure, ainsi qu'une pression sur l'État de faire cesser la violation . Cette caractéristique particulière des communications devant la Commission est intéressante, sachant que même si le plaignant n'a pas besoin de représentation ou d'assistance d'un avocat, la Commission n'offre pas d'assistance juridique aux plaignants. Dans ce sens, si, a contrario, les communications n'étaient accessibles qu'aux

P. ex., dans le cas de la Cour Européenne des droits de l'Homme : Article 34 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, sur Requêtes individuelles "*La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. (...)*"

Tenant compte, dans le texte de la Charte, de l'absence de reconnaissance du caractère contraignant des décisions de la Commission, cette dernière a démontré la valeur juridique et les effets concrets de ces recommandations à travers sa jurisprudence en se basant sur une interprétation large de l'article 1 de la Charte africaine et sa compétence de "*dire le droit*". La Commission développe de manière prétorienne une obligation d'exécution des recommandations à la charge des États parties. En effet la Commission estime que dès la signature de son statut, les États sont tenus de se conformer de bonne foi et donner suite aux décisions de cet organisme. Par la suite, la Commission estime que les États parties, par leur consentement à être lié à la Charte, admettent la compétence de la Commission ainsi que le fait d'être liés par ces décisions. Le consentement vaudrait dès lors l'admission du caractère exécutoire des décisions. Ainsi, la Commission démontre que ces décisions ne sont pas dépourvues d'effet juridique, car il ne s'agit pas de simples recommandations, du fait d'un véritable contrôle qui est opéré "*par le principale organe de surveillance prévu par la Charte*".

R.I. MAIKASSOUMA, « La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, un organe de contrôle au service de la Charte africaine », *Karthala*, 2013, §§353-374

victimes, l'absence de l'aide juridictionnelle pourrait empêcher certaines d'entre elles d'accéder à la Commission.

Un autre point fort de la procédure devant la Commission et qu'elle peut être un moyen pour les individus et les ONG d'accéder à la Cour africaine . En absence de requête

individuelle généralisée devant la Cour africaine , ce moyen est particulièrement important.

2) La Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples

Même si la procédure peut servir pour faire pression sur l'État, les décisions de la Commission sont des recommandations non-contraignantes et leur mise en œuvre est entièrement dépendante de la volonté de l'État en question. Pour pallier ces manquements , la

Généralement dans le cas d'une violation grave des droits de l'Homme, une plainte peut être adressé à la Cour africaine par la Commission sur la base de la communication introduite par un individu ou une ONG. Rapport FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'Homme : Un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs, op.cit.*, p 126-156

Ce point sera développé ci-après.

³³² Ainsi que pour pallier aux manquements d'autres procédures existantes, comme par exemple, la compétence limitée en matière des droits de l'Homme des Tribunaux instaurés par les Communauté économiques régionales.

Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples (ci-après, la Cour ADHP ou « la Cour ») a été créé.

333

L'article 3 du Protocole prévoit que *“La Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la charte, du présent protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'Homme et ratifié par les États concernés. En cas de contestation sur le point de savoir si la cour est compétente, la cour décide”*. La Cour n'est compétente pour statuer que sur les requêtes introduites contre un État.

Ainsi, selon l'article 5 dudit Protocole, elle peut recevoir des recours d'un État partie au

334

335

Protocole , de la Commission africaine , directement de la part de tout individu et ONG dotée

UA, Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples, adopté le 10 juin 1998, entré en vigueur le 25 janvier 2004. Protocole adopté par la 34ème Session Ordinaire de l'Assemblée des Chefs d'États et de Gouvernement réunit à Ouagadougou, Burkina Faso du 8 au 10 juin 1998 au cours de laquelle, trente États membres ont signé le Protocole.

Un État partie au Protocole peut faire un recours devant la Cour :

1. qui a introduit une communication auprès de la Commission qui a été transmise à la Cour.
 2. contre lequel une requête a été introduite devant la Cour.
 3. dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'Homme.
 4. estimant avoir un intérêt dans une affaire (peut être autorisé par la Cour à intervenir dans les procédures).
- Rapport FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'Homme : Un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs*, op.cit, p 126-156

Après réception d'une communication de la part d'un ou plusieurs individus ou ONG, une fois dotés du statut d'observateur, la Commission peut décider de renvoyer la requête devant la Cour africaine.

du statut d'observateur auprès de la commission , mais aussi des organisations

337

intergouvernementales africaines . Il faut noter tout de même que, en l'absence de déclaration

338

préalable de la part de l'État reconnaissant la requête individuelle, celle-ci n'est pas autorisée

devant la Cour africaine. Cette condition de la nécessité de la déclaration préalable de l'État est

339

une des principales lacune de la protection des droits de l'Homme en Afrique . Ainsi, seuls dix

États ont fait la déclaration autorisant la requête individuelle, dont quatre ont notifié leur retrait

340

entre 2016 et 2020 . Avec cette condition, même si la qualification du plaignant n'est pas

Cour ADHP, Résolution sur la révision des critères d'octroi et de jouissance du statut d'observateur aux organisations non-gouvernementales s'occupant des droits de l'homme auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 5 mai 1999.

Cette caractéristique est une particularité de la Cour africaine.

Article 34.6 du Protocole : " À tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'État doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un État partie qui n'a pas fait une telle déclaration. "

Article 5.3 du Protocole : "La Cour peut permettre aux individus ainsi qu'aux organisations non-gouvernementales (ONG) dotées du statut d'observateur auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle conformément à l'article 34(6) de ce Protocole."

Rapport FIDH, Entreprises et violations des droits de l'Homme : Un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs, *op.cit*, p 126-156

<<https://fr.african-court.org/index.php/basic-documents/declarations>>

rattachée au statut de la victime, les possibilités pour les personnes privées de saisir la Cour ADHP en cas de violation de droits de l'Homme sont très restreintes.

341

La Cour peut rendre différents types de décisions, notamment un avis consultatif³⁴¹, une

342

343

décisions gracieuse³⁴² ou bien un jugement³⁴³, doté de l'autorité de chose disposant des attributs de la *res judicata*. Selon l'article 30 du Protocole, les "*États parties au présent Protocole s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour*". Même si en pratique l'exécution dépend de la volonté des États, les décisions et donc les condamnations des États sont publiques.

La Cour envoie aussi ses décisions aux États membres de l'Union africaine et au Conseil des

344

ministres³⁴⁴ ce qui constitue un moyen additionnel de pression important.

³⁴¹ Prévus à l'article 4 du Protocole.

³⁴² Tentative de règlement à l'amiable d'un différent, prévu à l'article 9 du Protocole.

³⁴³ Prévus aux articles 3,5,6, et 7 du Protocole.

Selon l'article 29.2 du Protocole, le Conseil des ministres de l'Union africaine est chargé de veiller à la bonne exécution des arrêts de la Cour. De plus, si un État refuse d'exécuter une décision, le Conseil des ministres est en mesure d'adopter des directives ou règlements dotés eux aussi de la force obligatoire.

3) Les tribunaux des communautés économiques régionales africaines

Certaines communautés économiques régionales Africaines ont établi leurs propres tribunaux compétents pour statuer sur les requêtes et sur l'interprétation et l'application de leurs traités, et actes constitutifs. Leur mandat concerne le règlement des différends relatifs aux violations de leurs traités, de nature principalement économique ou monétaire. Toutefois, lorsque ces traités contiennent des dispositions ou renvoient aux instruments en matière des droits de l'Homme, leurs tribunaux peuvent se prononcer sur les affaires intéressant la violation de ces droits. La compétence de ces tribunaux peut être expressément contenue dans leurs Statuts. Sinon, elle est déduite implicitement de l'obligation des États membres de respecter les droits de l'Homme contenus dans l'Acte constitutif de la Communauté, puis confirmés par la jurisprudence.

Les décisions de ces tribunaux sont contraignantes et ont un effet obligatoire sur les États

345

346

membres . Cinq communautés économiques régionales ont mis en place ce type de tribunal .

Nous allons nous intéresser en particulier à la cour de justice de la CEDEAO. Cette dernière est une cour supranationale et est seule statuant sur les question des droits de l'Homme en Afrique de l'Ouest. L'article 9(4) du Protocole supplémentaire de la Cour (2005) prévoit que

“[l]a Cour est compétente pour connaître des cas de violation des droits de l'Homme dans tout

347

État membre” et pour recevoir des plaintes individuelles . En l'absence de conditions

348

d'épuisement de recours interne , la ou les victimes peuvent saisir la Cour de Justice de la

En effet, si le tribunal en question est considéré comme un tribunal supranational ou un tribunal assujéti aux pouvoirs en place dans les États membres, la force obligatoire de sa décision peut être dotée respectivement de l'autorité de la chose jugée ou de la chose décidée. Plus précisément, l'autorité de la chose jugée est la conséquence d'une décision de justice entrée en force, donc qui n'est plus susceptible de voie de recours. La décision dotée de l'autorité de la chose décidée est imposée à ses destinataire mais peut faire objet d'un recours en annulation.

Ce sont la Cour de justice de la CEDEAO, le Tribunal de la SADC, la Cour de justice de la CEAE, la Cour de justice de la COMESA et la Cour de justice de l'UMA.

Rapport FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'Homme : Un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs, op.cit, p 126-156*

L'absence de condition d'épuisement de recours interne est instauré par le protocole A/P1/ 7/91, relatif à la Cour de justice de la Communauté, CEDEAO, juillet 1991

CEDEAO pour statuer sur une violation des droits de l'Homme avant même ou en même temps qu'elles saisissent le juge national.

C. La médiation : une alternative locale souvent utilisée

Les institutions nationales des droits de l'Homme (INDH) sont des organismes publics indépendants énoncés par la Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU connu aussi comme les Principes de Paris de 1993. La Résolution énumère les fonctions des institutions nationales dans le domaine de la promotion et de la protection des droits de l'Homme, le conseil et la

349

surveillance des actions des organes étatiques, etc. . Plus de cent pays ont établi des INDH dont

350

trente-et-un États africains . Toutefois, peu d'entre elles disposent d'un mandat recouvrant tous

Pour la liste complète des compétences cf. Assemblée Générale, Résolution 48/134, A/RES/48/134, 4 mars 1994, 48e session. Les INDH sont instaurées par les actes de droit étatique transposant la Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU. Leur mandat et l'étendue de leurs compétences s'inspirent des dispositions de la Résolution 48/134 mais est déterminé par ces actes de droit interne. Ainsi, les institutions nationales sont évaluées et accréditées selon le degré de respect des dispositions contenues dans la Résolution 48/134.

les droits fondamentaux garantis par les instruments internationaux ou régionaux, ou par rapport

351

aux activités de tous types d'entreprises, publiques ou privées y compris les multinationales .

Ces organismes ont des compétences plus ou moins élargies, sachant qu'ils peuvent être saisis par les gouvernements, ou s'autosaisir. Certaines institutions nationales disposent d'un mandat pour traiter des plaintes soumises par les individus s'estimant victimes de violations des droits de l'Homme. Les décisions des institutions sont formulées sous forme d'avis ou de recommandations adressés aux États. En tant qu'organes quasi-judiciaires, leurs décisions sont encadrées par leur mandat national, ayant une portée variable, généralement non-obligatoire.

L'autorité de ces décisions est principalement informelle, morale, mais les organes nationaux

352

judiciaires ou autres peuvent librement s'y référer à des fins d'interprétation .

Au vue de la substance des décisions de ces institutions et de leur autorité juridique variable, l'efficacité des INDH face aux STN est tout aussi variable et dépend de chaque organisme individuel, ainsi que de la coopération de l'État dans lequel il se trouve. Il y a peu

En Afrique seuls l'Égypte, le Kenya, le Nigeria et le Rwanda prévoient des mandats généraux pour les INDH implantés sur leurs territoires.

P. ex., les décisions du Panel de la Commission Kényane sont mises en œuvre par la Cour Suprême.

d'INDH en Afrique de l'Ouest, mais nous pouvons remarquer que les institutions au Kenya et en Afrique du Sud présentent un fonctionnement fidèle à l'idéal originaire. Plus précisément, la *Kenya National Commission on Human Rights* (KNCHR) dispose d'un mandat large, est compétente pour formuler des recommandations au Parlement et diligenter des enquêtes de sa propre initiative ou à la suite d'un dépôt de plainte concernant des violations alléguées des droits de l'Homme. Il est à noter que les deux organismes du Kenya et d'Afrique du Sud se sont prononcés sur les plaintes relatives à la responsabilité des entreprises pour atteintes aux droits de l'Homme en général et aux droits liés au travail en particulier.

353

P. ex., la South African Human Rights Commission (SAHRC) a eu l'occasion de se prononcer sur des cas relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, sur la base de plaintes concernant les impacts de l'industrie minière ou du secteur alimentaire.

Paragraphe 2. L'arbitrage : seul recours disponible et inadapté à la recherche de responsabilité des STN

Ne disposant pas de la personnalité juridique internationale, les STN ne sont pas tributaires d'obligations dans cet ordre juridique. Dès lors, ces personnes morales de droit interne ne peuvent pas être poursuivies pour manquement à des obligations non opposables³⁵⁴. Nous pourrions, par analogie, leur reconnaître des obligations tirées des engagements non contraignants qu'elles ont souscrit, mais aucune juridiction internationale ne s'est déclarée compétente pour juger les multinationales à propos des violations pouvant en découler.

Sur le plan national, les STN pourraient être poursuivies en théorie par les États hôtes, mais uniquement en l'absence de clauses d'arbitrage, qui écartent traditionnellement ce type de risques pour les entreprises. Ainsi, les États d'immatriculation peuvent poursuivre les entreprises qui y sont immatriculées pour les faits de leurs filiales ou succursales sous conditions d'adoption de législations adaptées ou d'un certain activisme de la part des juges internes. Ce cas de figure sera examiné plus tard (voir *infra*).

Dans ces circonstances, le type et le nombre de procédures disponibles est fortement limité, soit par les manœuvres dilatoires et les subterfuges dont usent et abusent ces entreprises³⁵⁵, soit par l'absence de normes nationales adaptées pour les responsabiliser³⁵⁶.

Le seul recours qui reste dès lors, est l'arbitrage : justice transnationale et privée qui a pourtant été conçue (et reste fortement marquée par cette idée originaire) pour empêcher leur poursuite (A). Plus précisément, le contentieux arbitral est principalement prévu pour la poursuite de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite (B). Généralement,

³⁵⁴ A ne pas confondre avec la responsabilité pénale des chefs d'entreprises.

³⁵⁵ Avec la délocalisation de leurs violations, et l'imputation de ces dernières aux succursales.

³⁵⁶ Rares sont les législations nationales qui permettent la poursuite de la responsabilité des STN implantées sur leur sol pour les faits commis dans d'autres États.

nous pouvons estimer que l'arbitrage offre le mode de règlement le plus neutre et équitable pour les deux parties. Toutefois, au vue du pouvoir grandissant des STN face aux États, suivi par une limitation de ces prérogatives souveraines et de la possibilité de répondre à leur responsabilité de garant de droits de l'Homme, l'arbitrage traditionnel semble mis en cause (C).

A. La justice privée transnationale marquée par la volonté d'empêcher la poursuite des STN

L'arbitrage international constitue le mode de règlement des différends le plus répandu en droit international économique. Il est principalement institué pour protéger la personne privé étrangère face à un État souverain. Comme nous l'avons vu précédemment³⁵⁷, les investisseurs étrangers ont un certain nombre de privilèges et de protections importants dans le cadre de la procédure arbitrale. Parmi ceux-ci, le principal privilège s'apparente à une quasi-“immunité de juridiction”³⁵⁸. Par une offre d'arbitrage exprimée dans un TBI³⁵⁹, dans le contrat³⁶⁰ ou dans la loi nationale³⁶¹, l'État limite son pouvoir de poursuivre l'investisseur dans son ordre interne. La clause d'arbitrage³⁶² présente dès lors un droit pour l'investisseur d'empêcher l'action devant les tribunaux étatiques en invoquant l'instrument contenant la clause d'arbitrage et imposer l'arbitrage à l'État d'accueil. Ce n'est qu'en l'absence de consentement à l'arbitrage que l'État peut se retourner contre une STN et “*attirer en responsabilité l'entreprise devant ses juridictions internes*”³⁶³.

³⁵⁷ Voir *supra*.

³⁵⁸ Ordinairement, le terme est utilisé concernant un État, l'immunité de juridiction est censée empêcher qu'un État soit attiré devant les juridictions nationales d'un autre État.

³⁵⁹ TBI entre le pays d'origine de l'investisseur, dont il a la nationalité et le pays hôte.

³⁶⁰ Le contrat d'investissement entre l'investisseur en question et l'État hôte.

³⁶¹ Le code d'investissement de l'État hôte.

³⁶² En particulier couplé avec la clause de renonciation.

³⁶³ R. BEAUCHARD (avec la collaboration de S. ALBERTIN), *L'assujettissement des Nations – Controverses autour du règlement des différends entre États et investisseurs*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2017

Sachant que ce cas de figure est assez rare, et tenant compte des avancées jurisprudentielles en matière de restriction de la révocation du consentement à l'arbitrage³⁶⁴, la seule procédure dont l'État dispose est la voie arbitrale. Toutefois, elle est profondément inadaptée pour la poursuite des STN par les États. Traditionnellement et dans la plupart des formulations de la clause d'arbitrage, cette voie est prévue pour être inaccessible pour l'entité publique et ne peut être initiée que par l'investisseur.

L'accès à l'arbitrage est généralement ouvert aux deux parties quand il s'agit d'une clause d'arbitrage contenue dans un contrat. Il en va de même pour l'arbitrage CIRDI, pour lequel la formulation de la disposition sur le règlement des différends permet, en théorie, à la partie étatique d'initier la procédure. Toutefois, les TBI limitent le recours presque exclusivement à l'investisseur, même si tout dépend de leur formulation.

Il en va de même pour les demandes reconventionnelles. Peu d'instruments les prévoient, et même quand ils le font, elles sont rarement utilisées, et les tribunaux arbitraux acceptent exceptionnellement leur recevabilité. Dans ce sens, si la clause de règlement des différends empêche l'État à être le demandeur ou à faire une demande reconventionnelle, l'État ne peut que présenter les violations des droits de l'Homme des STN en tant que justifications de ses mesures contestées devant le tribunal arbitral³⁶⁵. Cette démarche n'opposerait pas de manière effective lesdites violations aux STN, mais peut diminuer la responsabilité de l'État.

B. Le contentieux prévu uniquement pour la poursuite de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite

Toute affaire arbitrale initiée par l'investisseur vise “à obtenir de l'État la réparation de préjudices subis du fait d'atteintes à l'investissement.”³⁶⁶ L'arbitrage transnational peut avoir

³⁶⁴ Tribunal arbitral *ad hoc*, affaire *Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, *op.cit*

³⁶⁵ Parfois, les mesures protectionnistes prises par les États sont motivées par des violations des droits de l'Homme de la part des STN, ou bien constituent la défense des intérêts étatiques contre les violations des STN. Jugées dommageables aux STN, ces dernières initient l'arbitrage sur le fondement de ces mesures étatiques jugées constitutives de violation d'une obligation internationale de l'État.

³⁶⁶ F. LATTY, «Arbitrage transnational et droit international général», *Annuaire français de droit international*, volume 56, 2010. pp. 607-654

plusieurs fondements : TBI, contrat ou code d'investissement. Dès lors que l'arbitrage est fondé sur un instrument international ou internationalisé³⁶⁷ ayant pour objet la violation alléguée d'une obligation internationale, l'arbitrage se transforme en recours en responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁶⁸. Le Tribunal arbitral, quel que soit sa constitution, peut statuer sur la question de la responsabilité de l'État pour violation d'une obligation internationale. Cette question est résolue donc par les dispositions des Articles de 2001 de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

Ainsi, malgré des approches différentes quant à la qualification du dommage³⁶⁹, le tribunal arbitral statuant sur la responsabilité étatique retient les mêmes critères cumulatifs pour fait illicite que retiennent traditionnellement les juridictions internationales, notamment la Cour internationale de Justice³⁷⁰.

Toutefois, même si juridiquement l'arbitre se prononce sur la responsabilité de l'État pour un fait internationalement illicite, le but de l'arbitrage reste profondément individualiste ou capitaliste. L'investisseur, en initiant la procédure, ne cherche pas le rétablissement de l'ordonnancement juridique, ou le respect de la légalité internationale. Il recherche l'indemnisation pour le préjudice subi. En revanche, l'État n'est pas habilité à faire de même. Il ne peut pas opposer aux STN des obligations internationales inexistantes³⁷¹, et ne peut pas les invoquer en sa défense. Son seul moyen de défense serait le critère d'imputabilité. Il faudrait détacher de l'État et de son emprise, les actions des sociétés commerciales d'État, celles des

³⁶⁷ Les dispositions du contrat d'investissement internationalisées (intrinsèquement ou extrinsèquement)

³⁶⁸ De nos jours, la grande majorité des affaires portant sur cette forme de responsabilité étatique relèvent de l'arbitrage transnational.

³⁶⁹ S'agissant de l'interprétation du dommage, la conception civiliste de la responsabilité situerait le critère du dommage parmi les règles secondaires. Ce qui est le cas retenu par l'affaire de l'Usine de Chorzów, ne consacrant le préjudice subi qu'au moment de l'évaluation de la réparation, indépendamment de l'établissement de la responsabilité de l'État. Mais il existe une autre approche, avec le renvoi de la qualification de dommage aux règles primaires du droit des investissements.

Cour permanente de Justice internationale (CPJI), *affaire Usine de Chorzów*, jugement sur le fond, série A, n.17, 1928

³⁷⁰ Il s'agit de la violation d'une obligation internationale, de l'imputation de ladite violation à l'État et du dommage. En arbitrage d'investissement, le préjudice, principalement économique, doit être constaté. Des préjudices moraux ou juridiques sont rarement soulevés.

³⁷¹ Les seules obligations envers les STN sont contenues quasi-exclusivement dans des contrats et codes d'investissement qui demeurent dans l'ordre juridique interne. Les méthodes traditionnelles d'internationalisation ne sont prévues que pour les obligations incombant à l'État.

entités publiques ne disposant pas des prérogatives de puissance publique et les actions non-gouvernementales³⁷².

Sinon, la défense de l'État se base sur le fondement des circonstances excluant le caractère illicite, avec l'exception de l'état de nécessité. Toutefois, comme le montre la série d'arrêts concernant les faits provenant de la crise Argentine³⁷³, l'exception de l'état de nécessité est difficilement et aléatoirement admise par les tribunaux arbitraux, malgré les considérations pertinentes tenant au respect des droits de l'Homme. Ce qui résulte en une insécurité juridique accrue.

C. La remise en question de l'arbitrage traditionnel

Ces dernières années se produit une accélération de la remise en cause de l'arbitrage par certains États. Lors de la conférence de la Société africaine pour le droit international (SADI), à Accra au Ghana, plusieurs propositions ont été formulées pour promouvoir les systèmes juridiques et politiques nationaux non seulement en faveur des investisseurs, mais également dans l'intérêt des populations africaines de manière générale. Les participants de la conférence ont reconnu que l'encadrement actuel de l'arbitrage peut servir de moyen pour l'investisseur d'échapper à la régulation étatique. Ainsi, la Conférence s'est attaquée aux questions de l'adaptation de l'arbitrage au contexte africain. Plusieurs propositions de réformes ont été faites, examinant notamment la possibilité de limiter la compétence matérielle des tribunaux arbitraux pour exclure des différends touchant à l'intérêt public de l'État³⁷⁴.

D'un autre côté, tout en défendant l'arbitrage, certaines propositions ont souligné la nécessité de revoir le fonctionnement de la procédure arbitrale, notamment en ouvrant son accès à d'autres parties prenantes comme les individus, la société civile, les communautés économiques

³⁷² F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *op.cit.*

³⁷³ Notamment les arrêts : CIRDI/CNUDCI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, aff. n° ARB/03/19, décision sur responsabilité 30 juillet 2010; et CIRDI, *Total SA c. Argentine*, aff. n° ARB/04/01, décision sur responsabilité 27 décembre 2010,

³⁷⁴ La place de l'intérêt général dans l'arbitrage, et plus spécifiquement la légitimité et la crédibilité des arbitres pour statuer sur les matières touchant à l'intérêt général est une question complexe et controversée parmi les courants doctrinaux qui sera examinée dans le prochain chapitre.

régionales ou les États. Les tribunaux arbitraux statuant dans le cadre du CIRDI ont commencé à avancer dans ce sens, notamment avec la possibilité de l'ouverture de l'audience aux tierces personnes, sous réserve d'acceptation par les deux parties³⁷⁵, ou avec l'admission de l'*amicus curiae*³⁷⁶.

À cet effet, les conférenciers ont évoqué les modèles naissants, notamment le système de tribunaux arbitraux envisagé dans le cadre de l'AÉCG (CETA) qui prévoit la nomination et la rémunération des arbitres par les États et envisage, à terme, un système de cour permanente avec un contrôle exercé par la Cour de justice de l'Union européenne. Cette solution peut être discutable, car cette même disposition a engendré le retard de la signature de la convention, du fait du blocage par les parties signataires. Ainsi se pose aussi la question de l'adaptabilité d'un régime inspiré du CETA au contexte et aux enjeux africains.

En pratique, les avancées sont éparées et ont un impact presque négligeable. Nous allons brièvement analyser les réformes dans le cadre du CIRDI (1) puis celles introduite par le nouvel Acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage (2).

1) L'arbitrage dans le cadre du CIRDI, recevabilité de l'*amicus curiae*

La grande majorité des TBI signés renvoient à l'arbitrage au sein du CIRDI. L'institutionnalisation de l'arbitrage a été conduite dans le but d'assurer la stabilité des décisions arbitrales et de permettre une certaine sécurité juridique. Le cadre institutionnel de l'arbitrage CIRDI ne résout pas le déséquilibre entre les parties, privilégiant la protection des intérêts privés et laissant peu de place pour les considérations environnementales ou de droits fondamentaux. Ces protections octroyées aux investisseurs "*sont devenues un obstacle important*

³⁷⁵ J.E. VINUALES, « Human Rights and Investment Arbitration: the Role of Amici », *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 8, 2006, p. 259.

³⁷⁶ Le Vocabulaire juridique définit l'*amicus curiae* comme une : "*Expression latine signifiant littéralement « ami de la cour » empruntée au droit anglais pour désigner la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bienveillant 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*"
G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e édition mise à jour 2011, Puf, p.62

*pour les États désireux de prendre des mesures politiques d'intérêt public*³⁷⁷, car ces dernières sont susceptibles d'affecter le rendement de l'investissement, et donc d'emporter par de lourdes sanctions pécuniaires contre les États. Selon le Rapport de la FIDH ³⁷⁸: *“La multiplication des différends investisseurs-États, la tendance des arbitres à privilégier les investisseurs, le peu d'attention accordée aux droits de l'Homme dans le règlement de ces litiges ainsi que le débat sur la responsabilité des multinationales ont généré d'importantes critiques vis-à-vis des tribunaux d'arbitrage comme le CIRDP’.*

Le seul grand changement visant à répondre aux critiques susmentionnées dans le cadre du CIRDI est l'admission limitée et relative des mémoires d'*amicus curiae* par des tierces parties, tels que celles issues de la société civile. L'affaire Vivendi³⁷⁹ est un l'un des premiers exemples où le tribunal arbitral a accepté de recevoir le dépôt d'un mémoire d'*amicus curiae* déposé par une coalition d'ONG et de se prononcer sur sa recevabilité. L'affaire *Biwater Gauff*³⁸⁰ est l'une des rares instances où les arbitres ont accepté la recevabilité d'une telle demande. Ainsi, ladite décision se distingue car non seulement le mémoire a été jugé recevable, mais les arguments qui s'y trouvent ont été effectivement pris en compte par les arbitres³⁸¹.

2) Le nouvel acte uniforme de l'OHADA, modernisant et rendant l'arbitrage plus équilibré

³⁷⁷ Rapport FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'Homme : Un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs, op.cit*, p 449

³⁷⁸ Idem.

³⁷⁹ CIRDI/CNUDCI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, aff. n° ARB/03/19, décision sur responsabilité 30 juillet 2010

³⁸⁰ CIRDI, *affaire Biwater Gauff Limited c. United Republic of Tanzania*, affaire n° ARB/05/22, décisions sur la compétence du 2 février 2007

³⁸¹ Le tribunal fait référence au raisonnement de l'affaire *Methanex c. United States of America*, sur le fondement de la recevabilité et la contribution au jugement des mémoires amici curiae. UNCITRAL Arbitration, *affaire Methanex c. United States of America*, décision sur la recevabilité des amici curiae, 15 janvier 2001, §49.; CIRDI, *affaire Biwater Gauff Limited c. United Republic of Tanzania, op.cit.* §361

L'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) a procédé récemment à plusieurs réformes³⁸² visant à moderniser et promouvoir les procédures disponibles pour le règlement des différends. Par leur contenu, ces réformes sont attrayantes non seulement pour les investisseurs étrangers, mais offrent un cadre plus équilibré, innovant et adapté pour toutes les parties. En ce sens, elles ne visent pas uniquement un accroissement des privilèges accordés à la personne privée au détriment de la protection de la personne publique. De plus, les réformes dans l'espace OHADA ne visent pas une promotion déguisée des instances juridictionnelles étatiques, la proximité géographique des sièges des tribunaux arbitraux n'est pas destinée à enlever la protection primaire de l'investisseur contre l'arbitrage de la justice nationale étrangère³⁸³.

Parmi ces nouvelles réformes dans l'espace de l'OHADA, il faut porter une attention particulière au Nouvel Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 23 novembre 2017 par le Conseil des Ministres de l'OHADA, à Conakry en Guinée³⁸⁴. Cet acte vise à prendre en compte les nouvelles évolutions dans la sphère de l'arbitrage, ainsi que de renforcer la transparence, la rapidité et l'efficacité des procédures arbitrales dans l'espace OHADA.

Il est opportun de noter que le nouvel acte n'instaure pas une instance nouvelle et, en ce sens, il se distingue de la réforme de l'arbitrage institutionnel de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage (CCJA). Conformément à la volonté des parties, l'Acte uniforme peut "*s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des États parties*"³⁸⁵. L'arbitrage soumis à l'Acte uniforme peut être de nature commerciale ou se rapporter à

³⁸² Nouvel Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, nouvel Acte Uniforme relatif à la médiation, et la réforme de l'arbitrage au sein de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage (CCJA) du 23 novembre 2017, adoptés par le Conseil des ministres de l'OHADA.

³⁸³ Le Nouvel Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, aux articles 5 et 6 reprend et clarifie les dispositions relatives à la constitution du tribunal arbitral. L'article 7 consacre le principe d'impartialité et d'indépendance des arbitres, avec une plus grande clarté et efficacité de la procédure de révocation et la récusation de ces derniers en cas de conflit d'intérêt.

³⁸⁴ Conseil des Ministres OHADA, Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, 23 novembre 2017, Conakry, Guinée

³⁸⁵ Selon, l'article 1 de l'AUA lorsque les parties ont choisi de localiser leur procédure arbitrale dans l'espace OHADA, elles peuvent choisir de soumettre celle-ci aux dispositions prescrites par l'Acte uniforme. Ce critère de rattachement est uniquement géographique, le siège du tribunal arbitral doit être dans un des États parties de l'OHADA pour que les parties au litige puissent choisir d'appliquer l'acte uniforme.

l'investissement. Ainsi, s'agissant de la partie privée, le recours à l'arbitrage est ouvert à toute personne privée physique ou morale³⁸⁶. En outre, il n'y a pas de condition de nationalité des parties. Plus précisément, les parties peuvent être de même nationalité, ou de nationalité étrangère à l'espace OHADA.

Une autre avancée majeure de cette réforme se rapporte à la partie publique. Comme nous l'avons déjà mentionné pour l'arbitrage transnational, l'initiative est généralement réservée à l'investisseur ou à la partie privée. Cette approche libérale n'a pas été retenue dans le nouvel acte uniforme. En effet, le droit de compromettre est garanti aux deux parties, quel que soit leur nature. Ce qui est particulièrement innovant, c'est que le nouvel acte uniforme ne retient aucune restriction à ce droit et confirme l'aptitude de toute personne morale de droit public à initier l'arbitrage. En ce sens, l'article 2 alinéa 2 souligne que *“les États, les autres collectivités publiques territoriales, les Établissements publics et toute autre personne morale de droit public peuvent également être parties à un arbitrage, quelle que soit la nature juridique du contrat sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un différend, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage”*. Cet avancement représente le premier pas vers un rééquilibrage du système arbitral.

S'agissant de la portée et de l'exécution de la décision arbitrale, les dispositions sont assez classiques. Une fois que le tribunal arbitral statue, sa décision est dotée de *“l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche”*³⁸⁷. Elle est obligatoire pour les parties au différend, mais peut faire objet d'un recours en annulation susceptible de suspendre l'exécution ou la demande de l'exécution forcée³⁸⁸. En effet, la sentence arbitrale est censée être spontanément exécutée par les parties. Le cas échéant, la sentence peut faire l'objet de mesures d'exécution forcée à la demande par l'État partie au juge compétent de se prononcer sur l'*exequatur*.

³⁸⁶ Article 2 alinéa 1 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage : *“Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition”*.

³⁸⁷ Article 23 de l'AUA.

³⁸⁸ Selon l'article 28 de l'AUA : *“Sauf si l'exécution provisoire de la sentence a été ordonnée par le tribunal arbitral, l'exercice du recours en annulation suspend l'exécution de la sentence arbitrale jusqu'à ce que la juridiction compétente dans l'État Partie ou la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, selon le cas, ait statué.”*

PARTIE II

LES SOLUTIONS EXISTANTES ET PROSPECTIVES DE LA RESPONSABILISATION DES STN

Nous allons analyser dans un premier temps les solutions qui peuvent être utilisées dans la poursuite de la responsabilisation des STN sur le territoire national des pays d'accueil (Chapitre 1) puis celles qui se présentent au niveau international, transnational ou dans les droits internes des pays d'immatriculations (Chapitre 2).

CHAPITRE 1.

LES SOLUTIONS SUR LE TERRITOIRE NATIONAL DES PAYS D'ACCUEIL

Tout d'abord, nous allons examiner le renforcement de la position juridique et contractuelle des divers acteurs face aux STN (Section 1) puis le renforcement de la position de l'État dans le cadre du contentieux (Section 2)

Section 1. Le renforcement juridique et contractuel face aux STN

La réaffirmation, en particulier préventive³⁸⁹, de l'État face aux STN est primordiale pour assurer la protection des intérêts publics (*Paragraphe 1*). Toutefois, vu l'intérêt économique que présente un projet d'investissement, sa sécurisation peut être jugée plus importante que la protection des droits fondamentaux de la population et de l'environnement. Les groupes de personnes les plus touchées par les conséquences néfastes des projets extractifs sont les communautés locales. Pour cette raison, il est aussi important de réaffirmer leur position et leur capacité d'action face aux multinationales (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1. La réaffirmation de la position de l'État par les relations contractuelle

³⁸⁹ Dans cette instance, la réaffirmation intervient et produit ces effets avant la possible commission de violation de droits de l'Homme. La réaffirmation de la position étatique, ou d'une communauté, dans ce sens, renforce sa position face à une STN, lui permettant d'assurer la protection de ses intérêts et donc peut aider à la prévention d'une future violation des droits de l'Homme.

L'évolution récente des contrats d'investissement, particulièrement dans le domaine minier, a tendance à adopter une approche plus équilibrée entre les parties. Ils contiennent plus d'obligations à la charge de la partie privée et plus de droits octroyés à la partie publique. Afin d'atteindre un véritable équilibre et une réciprocité contractuelle où les intérêts des deux parties sont valorisés et respectés, la solution évidente serait d'introduire des régulations plus respectueuses des droits fondamentaux, du développement durable et de l'environnement. Les conventions minières que nous avons précédemment examinées vont dans ce sens .

Nous allons analyser les nouvelles formes contractuelles, devenant ainsi synallagmatiques, derrière lesquelles se dessinent des solutions de responsabilisation des STN et de renforcement de la position étatique. L'emprunt de nouvelles formes contractuelles³⁹⁰, telles que les joint-ventures (A), ou de certains éléments de contrat de partage de production (B) pourraient faciliter la réaffirmation du rôle de l'État en tant que partie au contrat, et sa capacité à en tirer le plus d'avantage.

A. L'emprunt d'autres systèmes juridiques : l'exemple de la joint-venture

Une nouvelle forme contractuelle d'origine anglo-saxonne a fait son apparition dans le cadre des investissements miniers en Afrique. Il s'agit des joint-ventures, signées généralement en absence de prévisions spécifiques dans la législation nationale sur la forme du contrat minier. La « joint-venture », en français « coentreprise » est un *“Projet économique élaboré par une association d'entreprises constitué selon des modalités diverses qui permet de bénéficier des synergies des entreprises associées”*³⁹¹. Il s'agit plus précisément, d'un contrat de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises privées ou publiques³⁹² dans le but de mettre en commun une stratégie, et de réaliser l'intérêt commun des parties à travers le partage des coûts et des risques.

³⁹⁰ Le focus sera ici d'examiner comment l'emprunt des formes contractuelles d'autres systèmes ou domaines juridiques pourrait être instrumentalisé dans notre poursuite de la responsabilisation des STN en les adaptant dans le droit codifié.

³⁹¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e édition mise à jour 2011, Puf, p. 185

³⁹² Les joint-ventures contractées directement entre l'État et une entreprise privée étrangère sont très rares, le plus souvent il s'agit de partenariats entre une entreprise publique dotée des prérogatives de puissance publique agissant au nom et pour le compte du Gouvernement, ou une entreprise publique commerciale et une entreprise minière étrangère.

Ce type de contrat suppose que l'État s'implique directement dans les activités minières depuis la phase de recherche et de prospection et qu'il prenne en charge une partie des coûts.

Il faut distinguer la joint-venture représentant un contrat donnant naissance à une entité sociétaire nouvelle³⁹³, de la joint-venture contractuelle qui est une relation purement contractuelle³⁹⁴, un simple instrument de coopération et dénué *d'affectio societatis*. Le plus souvent, le partenariat se traduit par la création d'une société conjointe entre l'entreprise nationale et l'investisseur pour la réalisation d'un projet commun, s'agissant dès lors de la première forme de joint-venture mentionnée. La relation contractuelle de ce partenariat est généralement régie par des contrats-cadre auxquels se succèdent les contrats d'exécution. Les conventions types de joint-venture prévoient que les deux parties de cette convention soient libres de proposer des articles additionnels afin de clarifier certains aspects des opérations de recherche et d'exploitation proposées, ou afin de limiter ou étendre les dispositions de la loi minière pour des raisons opérationnelles.

Le contrat de joint-venture présente plusieurs avantages pour les deux parties et notamment pour l'État. Celui-ci, par l'intermédiaire de sa société, garde un contrôle sur les opérations minières, il participe activement aux prises de décisions relatives aux opérations et à leur exécution selon des modalités prédéterminées. De plus, la joint-venture peut permettre un accès supplémentaire ou alternatif aux revenus provenant de l'exploitation minière en dehors de la seule fiscalité. Cette caractéristique est particulièrement importante, car, comme nous l'avons vu précédemment, les revenus fiscaux et douanier se trouvent souvent diminués pour attirer l'investissement étranger et assurer son implantation. Au moyen de sa participation dans la société commune, l'État participe aux bénéfices et aux profits générés par l'investissement. Cette nouvelle forme contractuelle pourrait permettre à l'État de véritablement assurer des revenus de l'exploitation de ses propres ressources naturelles.

D'un autre côté, la joint-venture reste bénéfique pour l'investisseur, car elle lui garantit des revenus négociés et proportionnels à sa participation. Ainsi, il n'est pas le seul à subir les risques et, en cas d'échec du projet, il peut obtenir le remboursement de tous ses coûts.

³⁹³ Régi par le droit des sociétés.

³⁹⁴ Régi par le droit des obligations.

La joint-venture étant un contrat d'origine anglophone, les modalités en sont généralement bien définies et contenues dans le corps du contrat³⁹⁵. Des problèmes peuvent apparaître si le contrat n'est pas encadré par une réglementation spécifique ou contient des stipulations lacunaires. De plus, peu de droits nationaux de tradition francophone prévoient un encadrement de la joint-venture que ce soit dans le cadre purement contractuel ou sociétaire. Ainsi, le droit OHADA³⁹⁶, ne consacre pas explicitement de dispositions relatives à la coentreprise mais prévoit deux formes de société proches de la joint-venture³⁹⁷. Il est donc particulièrement important de faire attention aux dispositions contractuelles et à l'économie générale du contrat. Les contrats de joint-ventures peuvent offrir à la partie publique un rôle plus important et plus actif pendant la durée du projet, ainsi qu'une participation financière plus avantageuse qu'une convention minière. Toutefois, ceci dépend de la formulation des dispositions et de la répartition de la participation³⁹⁸ choisie par les cocontractants.

Cet inconvénient peut être surmonté dans les régimes juridiques de tradition civiliste, étant donné que la liberté contractuelle est moins importante que dans un système de *common law* et que les stipulations sont soumises implicitement ou explicitement à certaines dispositions légales.

Un autre type de contrat de joint-venture qui est apparu récemment est le contrat entre deux sociétés publiques de deux États différents. En l'occurrence, il s'agit principalement de projets d'investissement entre les entreprises publiques chinoises et les sociétés nationales des

³⁹⁵ Par exemple, la participation de la société nationale au capital de la société conjointe, la cession du permis à la société conjointe, la responsabilité du financement des travaux, les obligations de chacune des parties, etc.

³⁹⁶ OHADA - Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif aux droits des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, adopté à Ouagadougou au Burkina Faso

³⁹⁷ Il s'agit de la société de participation et de la société de fait.

1. Prévue à l'article 854 de l'Acte Uniforme du 30 janvier 2014 relatif aux droits des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique : "*La société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle n'est pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est pas soumise à publicité. L'existence de la société en participation peut être prouvée par tous moyens.*"
2. La société de fait est consacrée par l'article 864 dudit Acte uniforme, qui précise qu' : "*il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte uniforme.*"

³⁹⁸ Selon l'article 54 de l'Acte Uniforme susvisé sur : "*les droits et obligations de chaque associé, [...] sont proportionnels à ses apports [...]*". Ainsi, dans le cadre de la coentreprise, la participation aux résultats de l'exploitation, que ce soit des bénéfices ou des pertes, est librement choisie par les associés.

pays en développement³⁹⁹. Ces contrats peuvent être avantageux, car ils permettent de répondre aux besoins économiques et financiers de deux États à travers la réalisation de travaux d'infrastructure nécessaires pour le développement du pays hôte, qui requièrent d'importants financements. D'un autre côté, la société étrangère permet au pays investisseur d'obtenir l'accès aux matières premières. Ce contrat permet à l'État hôte de réaliser des projets d'infrastructure nécessaires qu'il ne pourrait pas financer seul, ou peu probablement en partenariat avec une STN car celles-ci sont rarement intéressées par les projets de service public. Cette nouvelle forme de contrat de joint-venture permet aussi un redressement plus rapide de l'économie du pays.

Toutefois, elle présente quelques inconvénients. En effet, s'agissant d'intérêts étatiques il est possible que les considérations des communautés locales et des questions environnementales soient ignorées. De plus, il faut noter que ce type de contrat peut facilement être déséquilibré⁴⁰⁰, voire dangereux pour l'État hôte et son contrôle sur ses ressources primaires. Avec les fluctuations du prix des matières premières, la valeur des matières extraites peut être inférieure au coût du développement et de l'entretien de la mine et des infrastructures. Dès lors, l'équilibre des obligations et de l'économie contractuelle est primordial.

B. L'emprunt d'éléments à d'autres domaines juridiques : l'exemple d'emprunt du domaine pétrolier avec le contrat de partage de production

Le contrat de partage de production est utilisé habituellement en matière pétrolière entre l'État et les sociétés privées, pour les opérations d'exploration et d'exploitation d'un périmètre prédéterminé. Le contrat se distingue des autres formes utilisées dans le domaine car il détermine en avance la clef de répartition des ressources que les parties estiment découvrir. Les revenus potentiels de la production sont partagés avec la société entrepreneur, étrangère ou non, selon des

³⁹⁹ Plusieurs pays Africains y ont recours, notamment la République Démocratique de Congo, la Guinée, le Gabon, le Botswana, et le Sénégal.

⁴⁰⁰ Comme il s'agit de missions d'extraction à long terme, l'échange entre les parties peut être davantage bénéfique d'un point de vue économique à l'investisseur qu'à l'État hôte.

modalités précises⁴⁰¹.

Le contrat est formulé au regard des enjeux pratiques liés à l'investissement dans le domaines pétrolier, mais peut aussi être prévu pour le cadre minier. Tel est le cas, notamment avec l'introduction du contrat de partage de production dans le Code minier de Guinée de 2011⁴⁰². Ces deux domaines extractifs apparaissent similaires, ils sont même souvent référencés sous le même terme de droit "minier". Toutefois, ils se distinguent par les techniques employées et les modalités juridiques et économiques qui les encadrent⁴⁰³.

Les caractéristiques du contrat de partage de production peuvent donc être inadaptées aux contrats miniers. Si les dispositions du contrat s'appliquant au domaine minier restent inchangées par rapport à celles contenues dans le contrat pétrolier, elles pourraient produire un déséquilibre ou une protection insuffisante d'une des deux parties, ou même ne pas produire suffisamment d'avantages pour la partie privée. Toutefois, cette forme contractuelle, moyennant une bonne maîtrise des modalités, pourrait permettre de répondre aux enjeux et aux problèmes que posent les IDE en matière minière en Afrique.

Tout d'abord, ce contrat permet une réaffirmation de la position de l'État, avec une forte implication du gouvernement dans le processus de décision. En effet, le contrat en question ne confère pas le droit de propriété sur les substances minérales après découverte, mais seulement, un droit de les exploiter. Notamment, l'entrepreneur assume la majorité des risques des deux premières phases de la mission, l'exploration et l'exploitation, moyennant une part dans la production à venir. Dans ce sens, l'investisseur n'est qu'un prestataire de services alors que l'État préserve la possession de ses ressources naturelles. Ce contrat pourrait donc permettre à l'État de sauvegarder sa souveraineté sur ses ressources primaires ainsi qu'une meilleur maîtrise sur ces dernières, de substituer les coûts de leur exploitation et de partager les coûts pour leur traitement

⁴⁰¹ Tout d'abord, un pourcentage prédéterminé des revenus de la production est alloué au paiement des impôts soit sur les revenus ou sous forme des royalties. Ensuite, un pourcentage est alloué au remboursement des coûts opératoires. Enfin, la somme restante est partagée entre l'État et la société privée selon une clef de répartition fixée dans le contrat.

⁴⁰² Code minier de la République de Guinée de 2011 tel qu'amendé par la loi modificatrice L/2011/006/CNT du 9 septembre 2011 instituant le Code minier de la République de Guinée.

⁴⁰³ La distinction principale est que le capital initial nécessaire pour le développement des infrastructures du projet dans les deux secteurs est diamétralement opposé aux ressources nécessaires un fois les matières extraites. Notamment, dans le domaine pétrolier, c'est la préparation de la phase d'extraction qui sera coûteuse, alors que le domaine minier nécessitera plus d'investissement dans la phase de traitement des minerais.

et échapper ainsi aux risques et périls de la mission, donc subir moins de pertes en cas de difficultés ou d'échecs.

Cette modalité correspond particulièrement à l'extraction du pétrole qui ne nécessite que très peu de ressources financières dans la phase de transformation. Se pose le problème pour la partie privée du contrat quant à l'extraction des minerais, car contrairement au pétrole, les coûts d'exploitation et de transformations des minerais extraits sont considérables. Toutefois, cette modalités pourrait être particulièrement bénéfique aux États, car comme nous l'avons souligné précédemment, de nombreux pays Africains ne disposent pas nécessairement des moyens ou de l'expertise indispensables pour le traitement de ces minerais. Ainsi, ils exportent des produits bruts à prix modique alors qu'ils importent des produits dérivés de ces mêmes matières premières à un coût exorbitant.

Il faut toutefois souligner que le plafonnement du recouvrement des coûts prévu par le contrat de partage de production ajouterait plus de risques pour le partenariat quant à l'extraction minière. De part ses fluctuations, le prix des minerais pourrait impacter la valorisation des coûts de production, ce qui introduirait une insécurité dans le contrat affectant les deux parties.

Paragraphe 2. La réaffirmation de la communauté locale face aux STN

La population locale, ou la communauté⁴⁰⁴, même si elle est la première touchée, est souvent contournée dans le processus de prise de décision par rapport à l'industrie minière, ou de négociation avec les investisseurs étrangers. Cela change progressivement depuis 2013, avec la création du Forum multipartite pour la responsabilité sociale des entreprises du secteur minier au Burkina Faso, dit « forum RSE » qui a pour tâche de réduire les conflits entre la population locale, les orpailleurs et industriels du secteur. Toutefois, la communauté locale pourrait jouer un rôle plus important (A) dans la responsabilisation directe des STN de l'industrie minière, à travers divers instruments, dont notamment les ententes sur les répercussions et les attentes

⁴⁰⁴ La communauté locale peut être entendue comme un groupe de personnes vivant en collectivité dans une zone géographique donnée, représentée par des organes politiques et administratifs de la collectivité en question. La communauté locale peut souvent inclure la population autochtone, mais ce n'est pas nécessairement le cas.

(ERA)⁴⁰⁵ (B).

A. La valorisation du rôle de la communauté locale

Le retrait de l'État du secteur minier que nous avons analysé précédemment a créé un vide dans la défense des intérêts publics, et ouvert ainsi une possibilité d'intervention de la communauté locale (1). Même si nous rentrons dans une nouvelle phase de réglementation du secteur et de réaffirmation de l'État, le rôle que joue la communauté locale est de plus en plus reconnu et important (2).

1) Le besoin d'intervention de la communauté locale face au retrait de l'État et la déréglementation du secteur minier

Comme nous l'avons mentionné ci-avant, l'avènement du rôle de facilitateur de l'État, et la diminution de son rôle normatif ont créé une asymétrie⁴⁰⁶ entre ce dernier et ses partenaires économiques, les STN. Avec le retrait progressif de l'État, les pouvoirs octroyés aux entreprises privées n'ont cessé de croître, aboutissant à une liberté quasi-totale de déterminer leur fonctionnement et leurs actions sur le terrain. L'encadrement mis ainsi en place par les STN prenait majoritairement en compte les intérêts privés, à l'exclusion des intérêts touchant les communautés et la population locales avoisinantes des sites miniers. De plus, le retrait de l'État de la sphère normative, comprenait le retrait du pouvoir politique public, et donc des organes locaux de collectivités territoriales. Les communautés locales ont donc été exclues des processus de prise de décision relatifs à l'implantation des investisseurs étrangers, la direction et les activités des sites miniers, même si ces activités ont pu avoir des conséquences importantes directes ou indirectes sur l'environnement et la population locale.

⁴⁰⁵ En anglais, *Impact and Benefit agreement* ou IBA

⁴⁰⁶ B. CAMPBELL et M. LAFORCE, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective ». *Recherches amérindiennes au Québec*, 40 (3), 69–84, 2010.
<<https://doi.org/10.7202/1009370ar>>

A titre de comparaison, nous pouvons analyser l'exemple du Canada⁴⁰⁷, dont le régime minier est incarné par le terme de *free mining* qui se définit comme “un droit de libre accès à la propriété et à l'exploitation des ressources”⁴⁰⁸ d'un territoire. Il se caractérise par une priorisation de la liberté d'action des industries minières, ce qui affecte ensuite la participation et la consultation des communautés locales dans le cadre de la négociation et de l'accord des droits miniers⁴⁰⁹. Cette hiérarchie d'intérêts a été confirmée par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Taku River Tlingit*⁴¹⁰ et *Mikisew*⁴¹¹, qui ont “clairement et systématiquement affirmé que les Premières Nations n'ont aucun pouvoir de veto sur le développement minier, et encore moins sur l'exploration minière”⁴¹².

Dans les pays africains, la même priorité a été donnée aux investissements miniers au nom de l'attraction des investisseurs, même si le régime juridique reste différent. En effet, les États ont été encouragés à adopter la stratégie “d'absence sélective” comme le note M. David Szablowski⁴¹³. Ainsi, l'État devait répondre simultanément aux demandes internes, relatives à la protection de sa population, et aux demandes externes relatives à l'accueil des IDE. Toutefois, vu la diminution progressive de sa marge de manœuvre et de son contrôle opérationnel, il semblait que l'État devait choisir entre la protection de l'une ou l'autre de ces deux séries d'enjeux. Les

⁴⁰⁷ S'agissant de la relation entre les industries minières et les populations locales et autochtones, le régime Canadien a subi de grandes évolutions, intéressantes et importantes pour notre analyse.

B. CAMPBELL et M. LAFORCE, «La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective». *op.cit.*

⁴⁰⁸ U. LAPOINTE, « De la ruée vers l'or californienne au Québec minier contemporain : Le système du free mining et le pouvoir des communautés locales », *International Symposium of the Commission on the Cultural Approach in Geography*, 2008a, Université Laval, Québec

⁴⁰⁹ Le régime de *free mining* permet que certains travaux d'exploration puissent être librement effectués sur le territoire avant toute consultation avec les autorités compétentes, excluant ainsi la participation publique. Ces travaux, bien que préliminaires à la phase d'exploitation et de transformation des matières extraites, peuvent tout aussi bien provoquer des impacts considérables et influencer sur les décisions qui pourront être prises ultérieurement.

B. CAMPBELL et M. LAFORCE, «La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective». *Op.cit.*

⁴¹⁰ Cour Suprême de Canada, *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74

⁴¹¹ Cour Suprême de Canada, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765

⁴¹² S. QURESHY, « Landlords and Political Traps: How Mineral Exploration Companies Seek Access to First Nation Territory », *The Norman Paterson School of International Affairs*, Carleton University, Ottawa, 2006

⁴¹³ D. SZABLOWSKI, *Transnational Law and Local Struggles. Mining, Communities and the World Bank*, Hart Publishing, Oxford et Portland, 2007

États ont privilégié l'intervention dans les matières "liées à l'établissement d'un climat d'investissement « sain »"⁴¹⁴". Ce choix a donc entraîné le retrait des organes de pouvoirs publics et créé un besoin de déléguer leurs obligations et responsabilités. Selon M. David Szablowski, "l'octroi formel de droits à l'investisseur" a entraîné conséquemment "la délégation informelle de responsabilités locales en matière de régulation" aux acteurs privés y implantés⁴¹⁵.

Les intérêts et les buts des STN sont effectivement incompatibles avec les besoins d'intérêt général. Aussi, leur mode de fonctionnement est inadapté à gérer de manière satisfaisante les compétences qui leur sont déléguées et qui devraient incomber à l'autorité publique en matière de développement de la communauté, ou de protection des droits fondamentaux. Dans ce sens, les organes des collectivités locales, par leur proximité et leur connaissance du terrain, seraient plus soucieuses du respect de ces droits fondamentaux et devraient être plus aptes à défendre leurs intérêts dans la négociation et l'attribution des droits miniers. Dès lors, ce sont les communautés qui devraient reprendre ce rôle en lieu et place des acteurs privés.

2) Le fondement du rôle de la communauté locale dans la responsabilisation des STN

Traditionnellement, dans le cadre du droit des investissements, il était question de relations essentiellement bilatérales entre l'État et les investisseurs⁴¹⁶. La communauté n'y figurait pas. Nous pouvons mentionner les cas de relations contractuelles entre les organes des collectivités et l'investisseurs, mais ces organes ont été plus perçus comme des démembrements de l'État plutôt que comme représentatifs des populations locales. La communauté est entendue ici plutôt dans un sens sociologique qu'administratif, comme la somme des individus composant le peuple d'un État. Dans une telle acception, la communauté n'est pas un sujet de droit

⁴¹⁴ B. CAMPBELL et M. LAFORCE, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective ». *op.cit.*

⁴¹⁵ D. SZABLOWSKI, *Transnational Law and Local Struggles. Mining, Communities and the World Bank op.cit.*

⁴¹⁶ P.Y. LE MEUR, L.S. HOROWITZ., T. MENNESSON, « "Horizontal" and "vertical" diffusion : the cumulative influence of Impact and Benefit Agreements (IBAs) on mining policy-production in New Caledonia », *Research Policy*, 38 (4), 648-656. ISSN 0301-4207, 2013

international, l'État étant «*seul considéré comme agent juridique international*»⁴¹⁷. La place que détient le peuple, ou la communauté dans le droit africain des droits de l'Homme, pourrait par analogie se traduire dans le droit des investissements et lui reconnaître une position plus forte et un rôle plus important face aux STN et leurs actions.

Ainsi comme le note M. Keba M'Baye⁴¹⁸ : *”[e]n Afrique, la communauté est un sujet privilégié de droit, quelle que soit sa forme (clan, ethnie, tribu, etc.). Ce concept renforce la solidarité entre les membres de la même communauté. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples reflète cette solidarité. Ceci explique l'importance qu'elle accorde aux droits collectifs et d'une manière générale justifie ses dispositions relatives à la solidarité nationale et internationale.”*

En effet, le volet des droits collectifs occupe une place très importante dans la Charte, ce qui pourrait fonder et justifier le rôle qui devrait être octroyé à des collectivités autochtones dans la maîtrise des répercussions potentiellement dangereuses des grands projets industriels des STN. Ainsi, l'article 21 de la Charte africaine offre un fondement juridique pour l'inclusion de la communauté et de ses représentants dans la gestion des projets minier. L'article 21 stipule que :

“1. Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé.”

Comme le note la Commission africaine dans l'affaire Ogoni : *“L'origine de cette disposition peut remonter au colonialisme, période durant laquelle les ressources matérielles et humaines de l'Afrique ont été largement exploitées au profit de puissances étrangères, créant ainsi une tragédie pour les Africains eux-mêmes, les privant de leurs droits inaliénables et de leurs terres. Les conséquences de l'exploitation coloniale ont laissé les populations et les ressources précieuses de l'Afrique encore vulnérables au détournement étranger. Les rédacteurs de la Charte africaine voulaient manifestement rappeler aux gouvernements africains l'héritage douloureux du continent et ramener le développement économique coopératif à sa place traditionnelle, c'est-à-dire au cœur de la Société africaine”*⁴¹⁹.

⁴¹⁷ F. OUGUERGOUZ. *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité, op.cit.*

⁴¹⁸ K. M'BAYE, « Le concept africain des droits de l'homme » *Bulletin africain des droits de l'Homme*, 6:3, 1996

⁴¹⁹ Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, *affaire Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria, op.cit.* §56

Les ressources naturelles sont une propriété collective qui appartient aux peuples africains, y compris aux communautés locales. Cette disposition importante consacre substantiellement le principe de la souveraineté populaire sur les ressources naturelles. Ce paragraphe réaffirme ce principe aujourd'hui bien établi dans le droit international⁴²⁰ même considéré par certains⁴²¹ comme assimilé au règle de *jus cogens*⁴²².

Le premier aliéna, lu ensemble avec le dernier, donne une certaine cohérence quant à l'activité économique, qui est bien entendu permise sur les ressources couvertes par l'article⁴²³. Notamment, l'aliéna 5c de l'article 21 de la Charte stipule que :

“5. Les États, parties à la présente Charte, s’engagent à éliminer toutes les formes d’exploitation économique étrangère, notamment celle qui est pratiquée par des monopoles internationaux, afin de permettre à la population de chaque pays de bénéficier pleinement des avantages provenant de ses ressources nationales.”

Ainsi, le peuple a la libre disposition de toutes ses richesses, l'activité économique n'est pas censée y nuire, ne permettant pas une appropriation par une personne morale étrangère⁴²⁴

⁴²⁰ Le principe de la souveraineté populaire sur les ressources naturelles, est mentionné pour la première fois par la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unis, (Rés. A.G. 626 (VII) du 21 décembre 1952, Droit d'exploiter librement les richesses et ressources naturelles). Ensuite, le principe est consacré par la Résolution 1803 (Rés A.G. 1803 (XVII) du 14 décembre 1962, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles), adoptée par 87 voix contre 2 et 12 abstentions.

Le droit des peuples à disposer de leurs richesses et de leurs ressources naturelles est ensuite confirmé par de multiples résolutions de l'Assemblée générale, dont la Résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 portant la Charte des droits et devoirs économiques des États. Cette dernière est particulièrement importante pour les pays de l'ancien Tiers-monde, les pays en développement.

⁴²¹ F. OUGUERGOUZ. *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité, op.cit.*

⁴²² Considérant les termes utilisés dans les résolutions le consacrant (Rés. A.G. 626 (VII) du 21 décembre 1952 et Rés. A.G. 1803 (XVII), Préambule, 3e considérant, susmentionnée), le principe de la souveraineté populaire sur les ressources naturelles est *“inhérent”* au droit des peuples à disposer d'eux même, en étant un *“élément fondamental”*. L'auteur estime dès lors que le principe peut être considéré en tant qu'une règle de *jus cogens*. *Ibid* p. 24, Chapitre V

⁴²³ Les ressources naturelles peuvent être de diverses origines, par exemple, d'origine agricole, hydraulique, minérale, halieutique ou autres.

⁴²⁴ Effectivement, la Commission africaine dans l'affaire Ogoni affirme que les État ont un devoir positif de protéger les droits de l'Homme de leurs citoyens, *“non seulement en adoptant des législations appropriées et en les appliquant effectivement, mais également en protégeant lesdits citoyens d'activités préjudiciables qui peuvent être perpétrées par les parties privées”*. Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, *affaire Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria, op.cit.* §57
Cette conclusion a été reprise de l'affaire l'Union des Jeunes avocats c. Tchad.

mais uniquement le contrôle opérationnel dans “*le respect mutuel*” et l’ “*échange équitable*”⁴²⁵. Mais pour que ceci soit vrai, le peuple, qu’il soit représenté par l’État, ou par la communauté devrait être consulté et appelé à participer dans le développement et l’établissement des projets portant sur ses ressources. En effet, les communautés soutiennent que le principe de “*consentement préalable, libre et éclairé*”⁴²⁶ traduit une véritable obligation à la charge de l’État de les consulter et obtenir leur consentement avant la conclusion de contrats avec les STN portant sur tout projet susceptible d’affecter leurs terres ou leurs ressources naturelles⁴²⁷. Cette obligation paraît indispensable aux communautés qui lui accordent une interprétation large et inclusive⁴²⁸. Cependant, l’existence de l’obligation à la charge de l’État de consultation des communautés locales en droit international reste discutable⁴²⁹. Ainsi, le contenu exacte de l’obligation est variable⁴³⁰.

De même, certains autres droits garantis par la Charte pourraient fonder la compétence de la communauté de s’impliquer dans la prospection et l’exploitation des ressources minières par les STN, comme le droit au développement économique, social et culturel, défini par l’article 22⁴³¹, et le droit à un environnement satisfaisant, mentionné par l’article 24⁴³².

⁴²⁵ L’alinéa 3 de l’article 21 de la Charte stipule que : “*La libre disposition des richesses et des ressources naturelles s’exerce sans préjudice de l’obligation de promouvoir une coopération économique internationale fondée sur le respect mutuel, l’échange équitable, et les principes du droit international.*”

⁴²⁶ Le principe de “*consentement préalable, libre et éclairé*”, en anglais “*free and prior consent*”, est réaffirmé par le Rapport précisant que “*ce consentement était considéré comme un principe fondé sur une conception du développement fondée sur les droits de l’homme*”.

Instance permanente sur les questions autochtones, Rapport sur les travaux de l’Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones, 17 février 2005, E/C.19/2005/3; §12

⁴²⁷ T. BARSAC, La Cour africaine de justice et des droits de l’Homme, Perspectives internationales n°32, Éditions Pedone, 2012, p.56.

⁴²⁸ Par le consentement préalable, libre et éclairé, les communautés entendent un droit d’être informées et consultées suffisamment en avance, ainsi que de s’opposer à la poursuite des projets sans subir de pressions ni des manœuvres coercitives. *Ibid.*, p. 56

⁴²⁹ *Ibid.*, p.57

⁴³⁰ Le principe est effectivement interprété et consacré par les États de manière à ne pas conférer aux populations autochtones un véritable droit de veto ou de priorité sur des décisions étatiques concernant les projets industriels. *Ibid.*, p.57; Cf. Rapport du groupe de travail sur le projet de déclaration, 4 janvier 1996, ECN/4/1996/84, §81.

⁴³¹ L’article 22 de la Charte stipule que : “

1. *Tous les peuples ont droit à leur développement économique, social et culturel, dans le respect strict de leur liberté et de leur identité, et à la jouissance égale du patrimoine commun de l’humanité.*
2. *Les États ont le devoir, séparément ou en coopération, d’assurer l’exercice du droit au développement.*”

⁴³² L’article 24 de la Charte stipule que : “*Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement.*”

Les ressources minérales sont rarement exploitées de manière totalement paisible. Les conflits causés varient en ampleur, en durée et en intensité mais impliquent toujours, dans des proportions variables, les mêmes acteurs, notamment la société privée, l'État, et la communauté locale⁴³³. L'implication de la communauté dans la prise de décision et dans l'encadrement des actions des sociétés privées a pour but de réduire ces conflits. Les ententes sur les répercussions et les attentes (ERA) sont une des solutions qui apparaissent depuis les années 1980 – principalement au Canada et offrent une plateforme de négociation et un instrument contractuel aux populations autochtones pour faire valoir leurs intérêts et besoins aux entrepreneurs miniers. Les ERA évoluent et commencent à être utilisées progressivement dans d'autres pays, en l'occurrence en Afrique.

⁴³³ P.Y. LE MEUR, L.S. HOROWITZ., T. MENNESSON, « "Horizontal" and "vertical" diffusion : the cumulative influence of Impact and Benefit Agreements (IBAs) on mining policy-production in New Caledonia ». *op-cit.*

B. L'implication de la communauté à travers les ententes sur les répercussions et les attentes (ERA)

Nous allons tout d'abord analyser la notion d'entente sur les répercussions et les attentes (1), pour ensuite déterminer comment ces dernières peuvent influencer les politiques locales ou nationales et améliorer dès lors les activités des STN (2).

1) La notion d'entente sur les répercussions et les attentes (ERA)

Selon Mme Bonnie Campbell et Mme Myriam Laforce, le vide laissé par la dérégulation nationale du secteur minier, ainsi que pour compenser les capacités politiques et institutionnelles affaiblies de certains gouvernements, deux autres systèmes légaux se sont développés⁴³⁴. Ce sont le droit transnational, que nous avons examiné précédemment, et les nouveaux régimes locaux et informels de régulation de l'investissement minier⁴³⁵. Les deux nouveaux régimes sont nés en marge du droit national, dans le but de promouvoir l'investissement tout en prenant en compte les considérations sociale et environnementale.

Ces nouveaux régimes locaux et informels s'appuient *“généralement sur les principes de responsabilité sociale corporative et sont formés d'un ensemble de normes et de standards adoptés de manière négociée, que les entreprises s'engagent à respecter dans le cadre de leurs opérations propres à un projet spécifique”*⁴³⁶. Ce nouveau régime informel peut reposer sur divers instruments *ad hoc* disponibles pour les entreprises et pouvant être établis pour chaque projet d'investissement. Les instruments peuvent être contractuels, comme les ententes ou les accords, ou sous forme de codes de conduites.

L'implication communautaire se manifeste le plus clairement par les accords négociés entre les entreprises et les communautés, dites les ententes sur les répercussions et les attentes (ERA). Ce contrat de gré à gré⁴³⁷ est signé entre les représentants de la communauté fournissant

⁴³⁴ B. CAMPBELL et M. LAFORCE, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective ». *op.cit.*

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ Ce sont les accords contraignants, disposant de force obligatoire entre les parties.

un soutien documenté avec l'entreprise qui mène le projet d'investissement et qui garantit en retour des avantages spécifiques comme des paiements directs, des opportunités d'emploi, la protection de l'environnement ou de ressources particulières, et / ou un plus grand rôle pour la communauté⁴³⁸. Les ERA sont signées pour deux grandes raisons. En premier lieu, ces ententes visent à réduire les répercussions négatives souvent assimilées aux IDE⁴³⁹, en prévoyant d'un côté un certain dédommagement et, de l'autre, des dispositions qui pourraient servir préventivement. En second lieu, les ententes permettent aux communautés de tirer de véritables avantages des activités des projets miniers implantés sur leurs territoires, à court comme à long terme ⁴⁴⁰. Nous pouvons donc voir une relation réciproque se créer entre ces deux partenaires. Selon M. Pacifique Manirakiza: *«[L]a participation communautaire contribue à créer un partenariat gagnant-gagnant qui établirait un équilibre acceptable en tenant compte des champs d'intérêt et autres aspirations articulées par les différentes parties prenantes, y compris les communautés affectées. Plutôt que de considérer ces dernières comme des acteurs passifs du développement, elles doivent être associées et traitées comme des partenaires de l'industrie extractive.»*⁴⁴¹

Les ERA sont devenues des moyens de plus en plus utilisés pour mettre fin aux conflits entre les entreprises et les communautés au cours des deux dernières décennies, que ce soit dans

⁴³⁸ En tant que contrat de gré à gré, ils sont généralement confidentiels. Mais d'habitude ils comportent principalement :

1. des dispositions relatives à l'emploi, à la formation et à l'embauche préférentielle des membres de la communauté.
2. des dispositions sur le développement économique et commercial, dans le but de soutenir et promouvoir l'établissement et le développement d'entreprises locales, à travers la sous-traitance, les chaînes d'approvisionnement;
3. des dispositions financières permettant aux collectivités locales de tirer des avantages économiques à travers les redevances ou le paiements direct de montants fixes;
4. des dispositions supplémentaires sur la protection de l'environnement et généralement plus protectrices que les standards établis par les lois et règlements nationaux;
5. des dispositions à caractère social et culturel pour aménager les effets négatifs potentiels du projet en question.

Il faut distinguer les ERA des accords de partage des revenus tirés des ressources, que certains gouvernements peuvent conclure avec les groupes autochtones, ou les communautés locales pour déterminer le partage des revenus des projets et préciser les impôts.

I. SOSA et K. KEENAN, « Impact Benefit Agreements Between Aboriginal Communities and Mining Companies: Their Use in Canada », *Association canadienne du droit de l'environnement*, octobre 2001, p. 9-19.

⁴³⁹ *Supra*

⁴⁴⁰ I. SOSA et K. KEENAN, « Impact Benefit Agreements Between Aboriginal Communities and Mining Companies: Their Use in Canada », *op.cit.*, p. 2.

⁴⁴¹ P. MANIRAKIZA, « La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique ». *op.cit.*

des pays développés tels que le Canada comme dans les pays en développement. Le Canada⁴⁴² est un des pays où les ERA sont les plus utilisées, développées principalement comme “*des ententes privées complémentaires aux permis émis par les agences gouvernementales dans le contexte d'évaluations environnementales*”⁴⁴³. Dans ce sens, elles servent à prévenir les potentiels effets négatifs du projet minier et à rassurer les communautés en déterminant des standards de protection plus élevés que ceux déjà applicables. Notamment, la motivation principale derrière ces accord est la gestion des risques. Du point de vue de l'entreprise, les ERA peuvent aider à réduire simultanément plusieurs risques: les risques du gouvernement, tels que l'imposition de réglementations plus strictes, ainsi que les risques de la société civile qui pourraient entraîner des retards dans les projets, des litiges coûteux et des dommages à la réputation. D'un autre côté, les communautés espèrent que le contenu des accords contribuera à réduire les risques résultant des “*effets socio-économiques et biophysiques négatifs du développement rapide des ressources*”⁴⁴⁴.

Toutefois, comme les ERA appartiennent à ce nouveaux régime d'instruments locaux et informels pour compenser les lacunes et les insuffisances de l'action étatique, la notion même d'ERA peut faire l'objet de quelques interprétations problématiques. Comme souligne l'article de M. Pierre-Yves Le Meur, Mme. Leah S. Horowitz, et M. Thierry Mennesson ⁴⁴⁵, ces accords font partie des outils de la RSE, associés à la dimension du “*nouvel esprit du capitalisme*”⁴⁴⁶ et

⁴⁴² Au Canada, même si ces contrats ne sont pas obligatoires, ils sont particulièrement utilisés, surtout dans le secteur minier du fait de l'obligations de consulter les populations autochtones sur les projets impliquant leur territoire. Notamment, il y a eu 335 ERA signées depuis 1974, dont 265 sont encore en vigueur, et dont 198 portent sur les projets miniers. Le nombre des ERA conclues au Canada ne cesse de croître, avec 102 ententes signées pendant la période 2006-2010, comparées aux 23 de la période 2001-2005.

N. KIELLAND, « Appuyer la participation des Autochtones à la mise en valeur des ressources : le rôle des ententes sur les répercussions et les avantages », Publication n° 2015-29-F, *Division des affaires juridiques et sociales* Parlement du Canada, 5 mai 2015

⁴⁴³ L. GALBRAITH, B. BRADSHAW et M.B. RUTHERFORD, « Towards a new supraregulatory approach to environmental assessment in Northern Canada » *Impact Assessment and Project Appraisal* 25(1) : 27-41, 2007

⁴⁴⁴ C. FIDLER, M. HITCH, « Impact and benefit agreements: A contentious issue for environmental and aboriginal justice », *Environments Journal* 35 (2), 49-69, 2007

⁴⁴⁵ P.Y. LE MEUR, L.S. HOROWITZ., T. MENNESSON, « "Horizontal" and "vertical" diffusion : the cumulative influence of Impact and Benefit Agreements (IBAs) on mining policy-production in New Caledonia ». *Op.cit.*

⁴⁴⁶ L. BOLTANSKI, E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris: Gallimard, 1999.

peuvent dès lors être considérés comme une stratégie néolibérale visant au “*greenwashing*”⁴⁴⁷. Ainsi, les ERA, comme d’autres outils de RSE sont considérés par certains comme des instruments d’autorégulation produits par les acteurs de la mondialisation eux-mêmes afin d’échapper aux régulations des États et des agences internationales⁴⁴⁸. Cette interprétation soulève des questions sur la véritable place de l’État et ses capacités de réglementation.

D’un autre côté, nous pouvons percevoir les ERA comme un moyen pour les communautés de gagner une certaine autonomie, malgré les inégalités qui peuvent exister entre celles-ci et les STN minières. Sur ce versant, nous pouvons ajouter l’importance de la valorisation de l’implication des communautés. Elles sont directement affectées. Elles sont les premières à subir toutes les conséquences positives ou négatives de projets industriels rarement entrepris de manière à leur être bénéfique en premier lieu. Les ERA peuvent donc aider au développement économique, particulièrement à l’échelle locale. Ainsi, l’affirmation de leur intérêt public et la valorisation de leur rôle face aux STN peut faciliter l’implantation et l’exécution des projets d’investissement de manière plus rapide, efficace, bilatérale et pacifique, et donc moins coûteuse, tout en bénéficiant directement à la communauté.

En tout état de cause, Mme. Bonnie Campbell et Mme. Myriam Laforce soulignent que: *“[b]ien que les motivations à l’origine de ces ententes soient multiples et complexes et qu’elles varient grandement selon les cas et selon les acteurs concernés, il ne fait pas de doute qu’elles participent largement à stabiliser le climat d’investissement et à rendre les projets miniers en cause plus légitimes.”*⁴⁴⁹

2) L’influence des ERA, la diffusion verticale et horizontale

Les ERA restent généralement confidentielles et comme tout contrat de gré-à-gré

⁴⁴⁷ Le *greenwashing* est une manœuvre utilisée généralement en marketing, qui consiste à donner une impression fausse ou trompeuse concernant le respect de l’environnement par l’entreprise dans ses activités ou ses produits. Ou dans le cas des projets miniers comme le note Pierre Yves Le Meur, Leah S. Horowitz, et M. Thierry Mennesso : *greenwashing* c’est “*wrapping the inherently unsustainable nature of mining extraction in the rhetoric of sustainable development.*”

⁴⁴⁸ C. FILER, J. BURTON, G. BANKS, « The fragmentation of responsibilities in the Melanesian mining sector », in: S. Ali, C. O’Faircheallaigh, (Eds.), « Earth Matters. Indigenous peoples, the extractive industry and corporate social responsibility ». *Greenleaf Publishing, Sheffield*, pp. 163–179, 2008.

⁴⁴⁹ B. CAMPBELL et M. LAFORCE, « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective ». *op.cit.*

régissent des situations précises entre les parties. Cet outil comporte des dispositions répondant à des problèmes communs qui se présentent fréquemment dans les projets industriels et en particulier dans les projets miniers. Ces dispositions et/ou les négociations qui y ont mené, peuvent servir par la suite d'exemple ou de *modus operandi*, pour résoudre des situations similaires auxquelles font face d'autres communautés. Ainsi, par la voie de la diffusion⁴⁵⁰, ces accords peuvent influencer non seulement l'accomplissement d'autres accords au niveau local, appelé "*diffusion horizontale*", mais aussi la création de nouvelles législations ou réglementations, autrement dit "*diffusion verticale*"⁴⁵¹.

Cette diffusion, horizontale ou verticale, peut se produire dans un sens "*positif*", en ce qu'elle entraînerait un accroissement quantitatif et qualitatif de changements conformément à l'intention de l'accord initial, ou dans un sens "*négatif*", rendant moins probable un changement substantiel, que ce soit au niveau communautaire ou politique⁴⁵².

Le processus de diffusion horizontale, se manifeste à travers le partage de connaissances et d'informations entre les communautés, s'inspirant de leurs interactions avec les entreprises. Les communautés peuvent donc apprendre des expériences d'autres communautés, s'adapter en fonction et se réapproprier ces leçons lors des négociations et conclusions de futurs contrats. D'un autre côté, la diffusion peut aussi affecter les STN, qui à leur tour peuvent changer leur comportement en adoptant de nouvelles approches acquises par leurs échanges avec les communautés. La volonté de prévenir des conflits avec la communauté ou les coûts que ces

⁴⁵⁰ La théorie diffusionniste se développe à partir de 19e siècle en Europe et ensuite au cours du 20e siècle aux États-Unis comme un courant de pensée sociologique et anthropologique. Se positionnant en critique de l'évolutionnisme le diffusionnisme peut se définir comme suit: "*lorsqu'un même élément culturel se retrouve dans deux aires culturelles différentes, c'est probablement parce que l'une des cultures l'a emprunté à l'autre c'est-à-dire qu'il y a eu diffusion de cet élément*" (Trésor de la Langue Française informatisé, <<http://atilf.atilf.fr/>> ATILF - CNRS & Université de Lorraine.). Ainsi, "*l'action d'un individu au sein d'un milieu social où les individus interagissent a forcément des répercussions sur le comportement des autres individus. Ainsi, si un individu innove en adoptant sur son exploitation les nouvelles variétés et que ses choix s'avèrent efficaces, il provoquera un stimulus qui aura indubitablement une influence sur ceux des individus avec lesquels il a coutume d'interagir, qui adopteront à leur tour la nouvelle variété si les résultats du premier individu s'avèrent concluants.*" (Thèse présentée pour l'obtention du titre de Docteur en Sociologie par Frédéric GOULET, <https://agritrop.cirad.fr/548840/1/document_548840.pdf>)

⁴⁵¹ Selon P.Y. Le Meur la diffusion horizontale représente l'influence sur d'autres localités confrontées à des situations similaires, alors que la diffusion verticale représente l'influence sur la conception et la mise en œuvre des politiques aux niveaux politiques et administratifs. P.Y. LE MEUR, L.S. HOROWITZ., T. MENNESSON, «"Horizontal" and "vertical" diffusion : the cumulative influence of Impact and Benefit Agreements (IBAs) on mining policy-production in New Caledonia» *op.cit.*

⁴⁵² *Ibid.*

derniers peuvent porter sur les projets, peut notamment encourager les STN à adopter les bonnes pratiques et les incorporer dans les accords avec les communautés. Ainsi, par « pression des pairs », d'autres entreprises peuvent suivre cet exemple.

Une diffusion horizontale "*positive*" est plus susceptible de produire des résultats, de mener des changements, au niveau de la communauté ou des entreprises. Ce phénomène apparaît indépendamment de l'action de l'État. Dans ce sens la diffusion horizontale peut rendre les communautés plus autonomes, pouvant se reposer sur les expériences partagées par d'autres communautés ainsi que sur les nouveaux comportements adoptés par des entreprises.

Cependant, une diffusion horizontale peut aussi être "*négative*" dans le sens où elle peut causer une baisse de l'engagement de la communauté. En l'occurrence, de graves conflits entre les communautés et les STN⁴⁵³ particulièrement médiatisés peuvent inspirer la peur aux autres communautés. Elles peuvent être convaincues de la futilité ou du danger de tenter d'influencer le comportement des entreprises. Du côté des entreprises, en observant les expériences précédentes, la complexité ou la baisse des bénéfices pouvant résulter des concessions aux communautés, elles peuvent également devenir plus réticentes au changement.

La diffusion verticale entraîne des répercussion non seulement au niveau de la politique des entreprises mais aussi de la politique étatique. Souvent, en parlant des accords communautaires, nous sous-entendons que l'État joue un rôle limité, voir nul, surtout dans les phases préalables, la négociation et la conclusion de l'accord. Hormis dans les cas où l'État exige l'accomplissement de l'ERA⁴⁵⁴, le gouvernement ne s'implique qu'à posteriori, une fois informé par les accords conclus des préoccupations des communautés et des problèmes particuliers auxquels elles font face.

S'agissant de la diffusion positive, au vu des ERA conclus, les dispositions récurrentes concernant les impacts environnementaux d'un projet, ou les potentiels enjeux des droits humains, peuvent motiver l'État à légiférer en ce sens. Les ERA peuvent amener les gouvernements à prendre en compte des problèmes locaux qui, tout en étant récurrents, n'avaient

⁴⁵³ Tel que par exemple, le cas du peuple Ogoni au Nigéria et l'entreprise Shell, qui a été particulièrement sanglant.

⁴⁵⁴ Certaines législations nationales exigent la négociation et la conclusion des contrats de type ERA entre l'entreprise et la communauté affectée comme les Philippines, la Sierra Leone, le Sud Soudan et l'Afghanistan. D'autres États envisagent d'introduire cette exigence, comme la République démocratique du Congo et la Guinée. C.G. DALUPAN, *Community Agreements and Mining: A New Frontier for Social Impact Investments*, A RTC Impact Fund and One Earth Future Discussion Paper, December 2015, p. 8

pas attiré l'attention des gouvernements nationaux auparavant.

Comme nous l'avons précédemment mentionné, la diffusion horizontale peut entraîner une plus grande indépendance des communautés. Les gouvernements peuvent choisir de s'abstenir délibérément et de se reposer sur l'autonomie et l'auto-suffisance des communautés, les laissant seules et démunies face aux STN. Les États peuvent considérer que la diffusion des accords locaux rendrait inutile une ingérence normative générale de leur part.

Il faut noter que tout en étant particulièrement progressiste, ce mouvement présente une incertitude juridique. Notamment, chaque accord est adapté aux spécificités du cadre politique, social, institutionnel et économique unique en question. Cette adaptation permet une meilleure gestion pratique du projet, mais ces accords ne reposent pas sur un corpus juridique unique et uniforme. Les standards de protection des intérêts de la communauté reposent essentiellement sur la capacité de négociation de celle-ci et la volonté de prise en compte des leçons tirées des expériences d'autres communautés.

Section 2. La réaffirmation de l'État hôte face aux STN dans le cadre du contentieux

Plusieurs types d'instruments existants dans différentes sphères juridiques peuvent être utilisés pour faire face aux actions nuisibles des STN et leur apparente impunité. Nous allons examiner les instruments classiques (1) avant de nous pencher sur les instruments nouveaux et/ou prospectifs (2).

Paragraphe 1. L'étude des instruments classiques

L'État peut invoquer plusieurs éléments pour se défendre dans le cadre d'une procédure arbitrale. Notamment, l'État peut utiliser le critère du "développement" conditionnant la protection de l'investissement étranger (A). Aussi, l'État peut invoquer le motif de la défense de l'intérêt général pour justifier son action (B). Cette introduction et prise en compte de l'intérêt

général dans le cadre de la justice privée est controversée, mais permet tout de même une certaine opposabilité des motifs impérieux de respect des droits fondamentaux aux STN. Enfin, en cas d'échec de tous ces instruments, l'État peut recourir à l'exécution du jugement, et plus précisément ses privilèges et immunités pour rendre ce dernier quasi-ineffectif (C).

A. L'utilisation du critère du "développement" comme première ligne de défense

Comme l'a noté M. Enguerrand Serrurier en se référant aux instruments de droit international économique développés par les États du Nord, "[L]es États, notamment ceux du Sud, ont en effet initialement souscrit à de tels engagements dans l'espoir que ces réglementations et conventions participeraient à leur développement économique et social, en attirant des fonds et entreprises elles-mêmes générant industrie, infrastructures et emplois"⁴⁵⁵. Les protections sont offertes par les États dans le but d'attirer les projets d'investissement qui bénéficieraient à leur développement. Suivant cette logique, les seuls investissements qui pourraient profiter des privilèges et des protections reconnues devraient être ceux qui contribuent au développement économique et social de l'État qui les accueille.

La contribution à l'objectif de développement de l'État d'accueil est inscrite de façon systématique dans les préambules de la plupart de traités bilatéraux. Ainsi, même si le traité est conclu en gardant à l'esprit cette cause, aucune condition ou obligation de contribuer effectivement au développement n'est reconnue dans le droit applicable⁴⁵⁶. Cette cause ne se traduit pas en dispositions contraignantes dans le corps du traité et ne représente aucun effet juridique sur les investissements prospectifs. La simple mention de la contribution de l'investissement au développement économique et social de l'État hôte n'aura pas pour effet de transformer le projet d'investissement, son contenu ni les moyens utilisés⁴⁵⁷.

Toutefois, malgré l'absence d'effet juridique a priori, la condition de développement peut

⁴⁵⁵ E. SERRURIER, « Le code panafricain des investissements - Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *Revue africaine de responsabilité sociale et management durable*, volume 1, 2019

⁴⁵⁶ O.E. GARCIA-BOLIVAR, « Définir un investissement au titre du CIRDI – Pourquoi le développement économique devrait être l'élément essentiel? » *Investment Treaty News Quarterly*, 2 (3), 3-6, 2012

⁴⁵⁷ *Ibid.*

jouer a posteriori lors d'un différend, déterminant la compétence du tribunal arbitral. Notamment, une « *tendance progressiste* »⁴⁵⁸ apparaît parmi les tribunaux arbitraux qui, pour déterminer leur compétence lors de chaque litige qui leur est soumis⁴⁵⁹, prennent en compte l'effet positif attendu des investissements transnationaux pour le développement des États membres. Sur ce fondement, certains de ces tribunaux arbitraux ont donc exigé que l'investissement étranger bénéficiant de leur juridiction contribue de manière significative au développement de l'État hôte⁴⁶⁰. En effet, la compétence matérielle d'un tribunal arbitral est déterminée par l'existence d'un investissement et d'un différend s'y rapportant. Quant à la détermination de l'existence de l'investissement, deux définitions se sont établies: une définition dite objective ou inhérente à l'investissement, et une définition dite subjective ou spécifique à l'investissement. Ainsi, indépendamment de toute précision donnée par les parties, pour que le tribunal arbitral soit compétent de statuer sur le litige en question, l'investissement doit satisfaire des qualités spécifiques. Ces qualités ont été élaborées par la solution de l'affaire *Fedax* de 1997⁴⁶¹, avant d'être confirmées et complétées par l'affaire *Salini c. Maroc*⁴⁶². Celle-ci reprend trois éléments classiques. Premièrement, il s'agit du critère d'identification d'un apport, c'est-à-dire une valeur établie dans l'économie de l'État hôte. Deuxièmement, l'apport doit être implanté durablement, ne constituant pas une opération ponctuelle, ou instantanée. En troisième lieu, il doit y avoir un aléa né de la rémunération, contrairement à l'aléa né d'une forme d'insécurité de l'investissement, mais un aléa. A ces critères classiques l'affaire *Salini* ajoute un quatrième critère, sur la prémisses que l'opération doit contribuer au développement de l'État d'accueil. Le développement en question est constaté si l'investissement permet d'accroître la richesse, les moyens et/ou les infrastructures de l'État. L'ajout de ce critère repose sur le Préambule de la

⁴⁵⁸ E. SERRURIER, «Le code panafricain des investissements - Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable», *op-cit.*

⁴⁵⁹ La compétence du tribunal arbitral est déterminée par son statut ou son règlement dépendant de son caractère institutionnel ou *ad hoc*. Dans le cadre du CIRDI, l'article 25 de la Convention de Washington détermine la compétence du tribunal arbitral. Dans la Convention, la compétence matérielle est exprimée par l'idée suivante: pour que la condition de compétence matérielle soit satisfaite, il importe qu'il y ait un différend juridique relatif à l'investissement.

Convention de Washington du 18 mars 1965 portant création du CIRDI, Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements, entrée en vigueur le 14 octobre 1966

⁴⁶⁰ CIRDI *affaire Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume de Maroc*, décision sur la compétence, 23 juillet 2001 n° ARB/00/4

⁴⁶¹ CIRDI, *affaire FEDAX N.V. v. The Republic of Venezuela*, décision sur compétence, 16 juin 1996, n° ARB/96/3

⁴⁶² CIRDI *affaire Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume de Maroc*, *op.cit.* §52

Convention de Washington⁴⁶³, en déterminant que : “[l]a lecture du préambule de la Convention permet d’y ajouter le critère de la contribution au développement économique de l’État d’accueil de l’investissement”⁴⁶⁴.

Le tribunal considère en espèce qu’il n’est compétent pour statuer qu’en cas de litiges portant sur des investissements qui ont un effet sur l’essor économique de l’État d’accueil. Donc, pour bénéficier de la voie arbitrale et des protections qu’elle représente, l’opération doit contribuer suffisamment au développement de l’État d’accueil. L’existence de ce critère corrobore la logique de réciprocité des accords entre les États et les investisseurs : ce n’est que pour recevoir des bénéfices économiques et sociaux que l’État consent à l’arbitrage et à la protection de l’investissement étranger.

La prise en compte de ce quatrième critère a été confirmée par le comité *ad hoc* du CIRDI statuant lors de l’affaire *M. Patrick Mitchell c. RDC*⁴⁶⁵, qui a annulé pour la première fois la sentence d’un tribunal arbitral parce que celui-ci n’avait pas recherché, pour déterminer sa compétence, si l’investissement avait participé au développement économique ou social de l’État hôte⁴⁶⁶.

Ce critère est largement contesté et n’a été que rarement repris par les tribunaux arbitraux, au point même qu’aujourd’hui il paraît largement exclu par la jurisprudence. De plus, son importance a été diminuée au bénéfice des STN par les affaires *Phoenix c. République Tchèque*⁴⁶⁷ et *RSM c. République Centrafricaine*⁴⁶⁸, estimant que le quatrième critère n’était pas un critère de contribution au développement économique mais à l’économie de l’État, pouvant ainsi être considéré comme rempli en cas de simple création de valeur économique.

⁴⁶³ Le Préambule de la Convention CIRDI stipule que: “*Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique et le rôle joué par les investissements privés internationaux*”.

⁴⁶⁴ *Ibid.* §52

⁴⁶⁵ CIRDI *affaire Mr. Patrick Mitchell c. République démocratique de Congo*, décision sur l’application de l’annulation du jugement, du 1er novembre 2006 n° ARB/99/7

⁴⁶⁶ En l’occurrence, le comité *ad hoc* rappelle que: “*firm could not be qualified as an investment because by its nature it did not contribute to the economic and social development of the host State; in other words, this activity may have contributed to the promotion of the investor himself, but could not in any way contribute to the economic benefit of Congo*”. *Ibid.* §23

⁴⁶⁷ CIRDI *affaire Phoenix Action, Ltd. c. République Tchèque*, jugement du 15 avril 2009, n°ARB/06/5

⁴⁶⁸ CIRDI *affaire RSM Production Corporation c. République centrafricaine*, décision sur la compétence et la responsabilité, 7 décembre 2010, n° ARB/07/2

B. La protection de l'intérêt général dans le cadre de la justice privée

Après s'être déclaré sur sa compétence, le tribunal arbitral statue sur le fond. A ce stade, en dehors du profil clairement privatiste ou commercialisé des arbitres, nous pouvons constater une *“marginalisation des intérêts des pays d'accueil de l'investissement”*⁴⁶⁹. Ainsi, se pose la question de savoir si ce mode privé de règlement des différends est approprié pour trancher des questions cruciales d'intérêt public⁴⁷⁰. Ce terme d'intérêt public est difficilement saisissable, et en absence de consensus clairement établi, la justice privée peut sembler inadaptée pour le défendre ou pour se retrouver à analyser les règles substantielles de protection des investissements par le prisme de l'intérêt général. Certains auteurs, comme M. Franck Latty questionnent à juste titre *“la légitimité des tribunaux transnationaux pour « arbitrer » entre les intérêts privés et les intérêts publics demeure néanmoins posée”*⁴⁷¹. Latty estime que l'arbitre serait perpétuellement enfermé dans sa propre vision de l'intérêt général, indépendamment de celle retenue par l'État. Dès lors il ne devrait pas être amené à trancher sur ce qui relève de l'intérêt public ou essentiel de l'État.

Toutefois, la prise en compte de l'intérêt général peut tout de même présenter des avantages si nous observons le résultat qu'elle peut produire, notamment sa capacité à relativiser la responsabilité de l'État. Elle permet de justifier les actions de l'État par le motif de protection de l'intérêt général, ainsi que de *“soustraire certaines mesures étatiques à l'application de ces règles substantielles que l'on a pu juger bien trop favorables à l'investisseur étranger”*⁴⁷².

La notion d'intérêt général n'est pas nouvelle en droit des investissements, tenant compte du fait qu'elle est sous-jacente dans les contrats d'État, et conditionne la légitimité de la dépossession, ou de l'expropriation. *“Si la préoccupation d'intérêt général n'a été que sous-jacente dans les différentes tentatives de qualification des contrats d'État, elle a toujours été*

⁴⁶⁹ S. EL BOUDOUHI, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005. pp. 542-563;

⁴⁷⁰ En droit international, en absence de définition uniforme, nous pouvons définir l'intérêt général comme distinguant les intérêts privés des intérêts publics. Il faut préciser que l'expression “intérêt général” peut être entendue de manière élargie au seul sens employé par les juristes français, comme constituant le fondement de toute action publique, correspondant dès lors à tout intérêt étatique.

⁴⁷¹ F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, volume 56, 2010. pp. 607-654

⁴⁷² S. EL BOUDOUHI, « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *op.cit.* p.544

clairement affichée dans le droit substantiel sous la forme de la condition d'utilité publique que doit remplir toute dépossession pour être licite" note Mme Saïda El Boudouhi⁴⁷³. En effet, la finalité des contrats d'État est de trouver un équilibre entre les prérogatives octroyées aux investisseurs et les objectifs de développement économique et social et de valorisation des intérêts essentiels de l'État. La mention de l'intérêt général n'est donc soulignée que pour être confrontée à la protection de l'investissement⁴⁷⁴. L'existence de la notion d'intérêt général même si elle est bien établie ne semble pas pour autant produire des conséquences pertinentes sur la défense de l'État.

Ainsi, l'expropriation telle que définie par la plupart des instruments du droit des investissements⁴⁷⁵, n'est légale que si elle est équitablement et préalablement indemnisée et faite dans le but de l'utilité publique. De plus, "*la volonté unilatérale de l'État animé par un objectif légitime*"⁴⁷⁶ ne suffit pas pour écarter la protection qu'offre le droit international à l'investisseur. L'objectif de l'intérêt général est clairement consacré, mais son incidence sur la défense de l'action justiciable, et sur la responsabilité de l'État est limitée. Certains auteurs soulignent que tout en étant une des conditions, il ne peut pas à lui seul légitimer une dépossession. Ainsi, la seule condition effectivement retenue est l'existence de l'indemnisation. L'intérêt général n'est donc qu'une condition fictive⁴⁷⁷, n'ayant aucune véritable incidence sur la légalité de la

⁴⁷³ *Ibid.* p. 544

⁴⁷⁴ Comme le note l'arbitre René Jean Dupuy statuant dans l'affaire Texaco : "*l'accentuation du caractère contractuel des relations juridiques entre l'État d'accueil et l'investisseur a pour but d'assurer un équilibre entre l'objectif d'intérêt général qui leur est assigné et la rentabilité nécessaire à la poursuite de la mission confiée à l'entreprise privée*".

Arbitrage *ad hoc*, affaire Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye, *op.cit.*, §45

⁴⁷⁵ Par exemple, dans le TBI entre la France et le Sénégal, la clause d'expropriation est formulée de manière large et stipule que:

"Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d'expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l'effet est de déposséder, directement ou indirectement, les investisseurs de l'autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime, si ce n'est pour cause d'utilité publique et à condition que ces mesures ne soient ni discriminatoires, ni contraires à un engagement particulier.

Toutes les mesures de dépossession qui pourraient être prises doivent donner lieu au paiement d'une indemnité prompte et adéquate dont le montant, égal à la valeur réelle des investissements concernés, doit être évalué par rapport à une situation économique normale et antérieure à toute menace de dépossession. ..."

Article 6 alinéa 2 de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal sur la promotion et la protection réciproques des investissements, signé à Dakar le 26 juillet 2007

⁴⁷⁶ Y. NOUVEL, «Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux», *RGDIP*, 2002, p. 95

⁴⁷⁷ Selon Saïda El Boudouhi, "*cette condition est donc purement formelle, voire fictive, et l'illégalité d'une mesure expropriatrice sera souvent due à une absence de compensation ou à une compensation insuffisante*".

S. EL BOUDOUHI, «L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements», *op.cit.* p.548

dépossession⁴⁷⁸. Un progrès relatif a été atteint s'agissant de l'expropriation indirecte permettant dans une certaine mesure la reconnaissance du pouvoir de réglementation de l'État à travers la «*doctrine des pouvoirs de police*» empruntée au droit américain, qui vise à élever la protection des intérêts étatiques au même niveau que ceux de la partie privée⁴⁷⁹.

Ce n'est que depuis peu que l'intérêt général est utilisé pour limiter la portée des règles substantielles protectrices des STN, nuancant ainsi la responsabilité de l'État. L'acceptation de cette défense est rare, adoptée au cas par cas, et dépend principalement du tribunal arbitral et de son interprétation de la situation permettant de justifier ou non l'action de l'État. Ceci est parfaitement démontré par le contentieux né des mesures dites « anti-crise »⁴⁸⁰ prise par l'Argentine au début des années 2000. Dans l'affaire *CMS c. Argentine*⁴⁸¹ et l'affaire *Suez-Vivendi*⁴⁸², la même crise économique a été jugée comme respectivement ne justifiant pas et justifiant les actions de l'État. En l'occurrence, dans l'affaire *CMS c. Argentine* le tribunal arbitral estime que la crise économique grave peut en théorie constituer un intérêt essentiel excluant la responsabilité pour le fait internationalement illicite de l'État. Toutefois, ce n'était pas le cas en l'espèce⁴⁸³.

D'un autre côté, le tribunal arbitral dans *l'affaire Suez-Vivendi*, se basant sur la « *doctrine des pouvoirs de police* » susmentionnée⁴⁸⁴, considère que le contexte de crise majeure justifiait les mesures prises par l'État Argentin. Le tribunal note que les mesures prises relevaient de la compétence du gouvernement dans le cadre de ces pouvoirs de police et que dès lors elles ne

⁴⁷⁸ L'unique critère retenu en pratique quant à la légalité des mesures de dépossession est l'existence de l'indemnisation préalable et équitable. A contrario aucune mesure n'a été annulée en l'absence de cause d'utilité publique.

S. MÂNCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrages entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activité du CIRDI*, Dijon, Litec/CREDIMI, 2004, p. 493

⁴⁷⁹ R. DOLZER et F. BLOCH, « Indirect expropriation : conceptual realignments », *International Law FORUM du droit international*, 2003, n° 3, pp. 159 et s.

⁴⁸⁰ F. Latty, « Arbitrage transnational et droit international général » (2010). *Op.cit.* p.612

⁴⁸¹ CIRDI, *affaire CMS Gaz c. Argentine*, sentence sur le fond du 12 mai 2005, n° ARB/01/8

⁴⁸² CIRDI/CNUDCI, *affaire Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, décision sur la responsabilité, 30 juillet 2010, n° ARB/03/19.

⁴⁸³ La jurisprudence des cours françaises sur l'exécution de ces décisions sera analysée par la suite.

⁴⁸⁴ Latty se réfère à ce courant doctrinal comme la « *doctrine des « mesures d'intérêt général » (policy measures)* » F. Latty, « Arbitrage transnational et droit international général » (2010). *op.cit.* p.612

constituaient pas des mesures d'expropriation illicite⁴⁸⁵.

C. L'utilisation de l'exécution des jugements des Tribunaux arbitraux

Comme nous l'avons récemment vu, l'arbitrage transnational représente un mode alternatif de règlement de conflit, principalement en poursuivant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴⁸⁶. Il est question ici de voir comment l'exécution de jugement peut être instrumentalisée en faveur de l'État. Nous allons donc examiner la nature de l'obligation de l'exécution des sentences (1), puis la tentative de circonscrire l'obligation de l'exécution par le recours en annulation de la sentence (2) et enfin les tentatives mises en œuvre pour la circonscrire par l'utilisation des privilèges et immunités dans le but de la préservation des intérêts étatiques (3)

1) L'obligation de l'exécution des sentences des Tribunaux arbitraux

Selon l'article 31 du Projet d'article de la Commission de droit international (CDI)⁴⁸⁷ relatif à la réparation : *“L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite”*. L'article énonce une obligation générale de réparer le dommage causé par le fait internationalement illicite. L'obligation de réparer est donc une règle secondaire conditionnée par la violation de la règle primaire contenue dans un traité ou

⁴⁸⁵ CIRDI/CNUDCI, *affaire Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, *op.cit.* §140

⁴⁸⁶ Selon M. F. Latty, *“L'arbitrage transnational en matière d'investissement constitue”* à l'égard du droit international général et la responsabilité internationale de l'État *“l'un des plus grands terrains d'épanouissement de la discipline”*. F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, *op.cit.* p. 607.

Ainsi, comme le note James Crawford de cent affaire juridictionnelles internationales et nationales portant sur la responsabilité de l'État, se référant aux Articles de la CDI de 2001 susmentionnés, une soixantaine est rendues par des tribunaux transnationaux. J. CRAWFORD, « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », *ICSID Rev.*, vol. 25, n° 1, 2010, p. 128.

⁴⁸⁷ Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Texte adopté par la Commission de droit international à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session.

instrument international ou internationalisé⁴⁸⁸. Ainsi, l'obligation de réparation ressort non seulement du droit de poursuite de la partie lésée mais du fait illicite lui-même⁴⁸⁹. Cette obligation naît donc automatiquement dès la commission dudit fait et ne dépend pas de la poursuite de l'État fautif en justice. D'un autre côté, la condamnation de l'État détermine l'exactitude du fait internationalement illicite ainsi que l'étendue de la réparation due⁴⁹⁰.

Les différents règlements relatifs aux instances arbitrales, qu'elles prévoient l'arbitrage institutionnel ou *ad hoc*, prescrivent le caractère obligatoire de leurs sentences. Par exemple, la Convention de Washington stipule dans son article 53⁴⁹¹ que : “*La sentence est obligatoire à l'égard des parties et ne peut être l'objet d'aucun appel ou autre recours, à l'exception de ceux prévus à la présente Convention.*” De plus, l'article 27 du Règlement d'arbitrage de la CCJA⁴⁹² affirme que : “*[t]oute sentence arbitrale rendue conformément au présent Règlement revêt un caractère obligatoire pour les parties et a l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque État Partie, au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'État*”. L'alinéa 2 dudit article poursuit en précisant l'engagement souscrit par les parties à exécuter les sentences rendues⁴⁹³. De plus, pour attirer et rassurer les investisseurs, le droit OHADA prévoit que “*la compensation éventuellement invoquée par l'un des États contractants ne fera pas échec à la poursuite de la procédure arbitrale, ni à celle de l'exécution de la sentence arbitrale initiée*”

⁴⁸⁸ Sur l'obligation de réparer, les juges de la Cour permanente de Justice internationale notent lors de la décision Usine de Chorzow: “[e]’est un principe de droit international que la violation d’un engagement entraîne l’obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d’un manquement à l’application d’une convention, sans qu’il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même.” CPJI, affaire Usine de Chorzow, jugement sur compétence, série A, n. 9 1927, p. 21

⁴⁸⁹ CDI, Rapport sur le Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et des commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2).

⁴⁹⁰ Celle-ci devant “*autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis*”. La Cour permanente de Justice internationale, affaire Usine de Chorzow, jugement sur le fond, série A, n.17, 1928, p. 47

⁴⁹¹ Convention de Washington du 18 mars 1965 *op.cit*, article 53.

⁴⁹² Conseil des ministres OHADA, Règlement d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage, 23 novembre 2017, Conakry, Guinée; L'article 27.1

⁴⁹³ Article 27.2 du Règlement d'Arbitrage de la CCJA : “*Par la soumission de leur différend au présent Règlement, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir.*”

par l'investisseur contre ledit État''⁴⁹⁴.

La partie condamnée doit exécuter la sentence arbitrale de manière spontanée, du fait de son caractère obligatoire. En absence d'exécution spontanée de la part de la partie perdante, la partie lésée peut demander l'exécution forcée de la sentence. Cette procédure peut varier selon l'institution arbitrale. En effet, les sentences rendues dans le cadre du CIRDI sont exécutoires de plein droit et ne nécessitent pas le recours au juge national pour la reconnaissance de l'*exequatur*⁴⁹⁵. Cependant, l'arbitrage dans l'espace OHADA prévoit le recours à la juridiction compétente de l'État partie pour la reconnaissance de l'*exequatur*⁴⁹⁶. Toutefois, malgré la nécessité de procédure d'*exequatur*, les nouveaux textes, le Règlement d'Arbitrage de la CCJA et le nouvel Acte uniforme prescrivent des dispositions modernes, assurant une efficacité des sentences arbitrales et leur exécution dans l'espace OHADA⁴⁹⁷.

Ainsi, une fois condamné, l'État fait face à deux obligations: l'obligation de réparation⁴⁹⁸, et l'obligation d'exécution de la sentence qui traduit et précise la réparation.

2) La limitation de l'obligation de l'exécution par l'annulation de la sentence initiale dans le but de protection de l'État

⁴⁹⁴ Intervention de M. Gaston KENFACK DOUAJNI, Le nouvel acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du traité OHADA, cours dispensé dans le cadre du Diplôme d'université Droit international économique en Afrique, Centre de formation permanente, Université Panthéon-Assas, année scolaire 2019/2020

⁴⁹⁵ Article 54, alinéa 1 de la Convention de Washington : «*Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État.*»

⁴⁹⁶ Article 30 du Règlement d'Arbitrage de la CCJA énonce que: «*La sentence est susceptible d'exequatur dès son prononcé. ...*

L'exequatur est accordé, dans les quinze (15) jours du dépôt de la requête, par une ordonnance du Président de la Cour ou du juge délégué à cet effet et confère à la sentence un caractère exécutoire dans les États Parties. Cette procédure n'est pas contradictoire.»

Article 31 dans ses nouveaux alinéas 5 et 6 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage de l'OHADA dispose que : «*La juridiction étatique, saisie d'une requête en reconnaissance ou en exequatur, statue dans un délai qui ne saurait excéder quinze (15) jours à compter de sa saisine. Si à l'expiration de ce délai, la juridiction n'a pas rendu son ordonnance, l'exequatur est réputé avoir été accordé.*

Lorsque l'exequatur est accordé, ou en cas de silence de la juridiction saisie de la requête en exequatur dans le délai de quinze (15) jours comme indiqué ci-dessus, la partie la plus diligente saisit le Greffier en chef ou l'autorité compétente de l'État Partie pour apposition de la formule exécutoire sur la minute de la sentence. La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.»

⁴⁹⁷ Intervention de M. Gaston KENFACK DOUAJNI, *op.cit.*

⁴⁹⁸ L'obligation de réparation existe même préalablement à la sentence.

Cela étant, l'introduction du recours en annulation peut avoir un effet suspensif sur l'exécution de la sentence. Si le juge de l'*exequatur* avait déjà statué, le recours en annulation emporte aussi recours contre cette dernière décision⁴⁹⁹. L'annulation de la sentence initiale devrait l'effacer de l'ordonnement juridique. Toutefois, le juge français estime à l'inverse qu'il n'est pas tenu par une annulation éventuelle de la sentence dans un ordre juridique tiers et, dès lors, accepte de procéder à la reconnaissance de l'*exequatur* malgré la suspension et même l'annulation de la sentence. En effet, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁵⁰⁰, celle-ci refuse le moyen d'irrecevabilité de la demande d'*exequatur* d'une sentence pourtant annulée. Il s'agissait en l'occurrence d'une sentence annulée par la Cour Commune de justice et d'Arbitrage de l'OHADA. Il peut être supposé que le juge français ait pris cette position sachant que la sentence venait de l'ordre juridique de l'OHADA, duquel la France n'est pas membre. Ainsi, il est fortement possible que le juge français n'aurait pas procédé de la même façon s'il s'agissait d'une sentence rendue par le tribunal arbitral instauré dans le cadre du CIRDI et par la suite annulée par le comité *ad hoc*. Il faut noter que cet arrêt ne représente pas un cas isolé. Dans l'affaire Yukos⁵⁰¹, le juge français accepte de déclarer l'*exequatur* d'une sentence rendue par un tribunal *ad hoc* ensuite annulée. La Cour de cassation reprend le même argument de la Cour d'appel et réaffirme qu'il s'agit d'une décision de justice internationale qui n'est pas rattachée à un ordre juridique national et que par conséquent, l'annulation dans l'état du siège n'affecte pas la possibilité que cette sentence soit exécutée dans d'autres États.

Visiblement, le juge statuant sur l'*exequatur* détermine les paramètres de l'application de la condamnation de l'État. Sa première défense, l'annulation de ladite condamnation n'est pas effective de manière uniforme et dépend donc de l'appréciation souveraine du juge national. Pour circonscrire son obligation d'exécution, la seule défense qui reste est le recours aux privilèges et immunités d'exécution reconnues à l'État.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ La cour d'appel de Paris estime "*que la sentence internationale qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans les pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées*".
Cour d'appel, Paris, Pôle 1, chambre 1, 4 décembre 2012, n° 11/07800

⁵⁰¹ Cour de cassation, 1ère chambre civile, affaire Yukos, arrêt du mercredi 5 novembre 2014, n°13-11745

3) La circonscription de l'obligation de l'exécution par le recours à l'immunité d'exécution

Un autre moyen effectif de s'opposer aux STN est d'empêcher l'exécution des jugements arbitraux par le jeu des privilèges et des immunités des États. Cette méthode n'annulera pas le jugement, ni la condamnation de l'État mais peut le rendre pratiquement inefficace.

En effet, l'opposition des privilèges et immunités d'exécution à la demande de saisie par la partie lésée, créancière de l'obligation de réparation, est un des moyens les plus anciens de défense. Celui-ci vient à la toute fin de la procédure, une fois que l'État est déjà condamné, et que la seule étape restante est de déterminer quels biens seront utilisés pour réparer les conséquences du fait illicite. Il intervient après l'exercice de toutes les voies de recours disponibles. Ces protections sont donc d'une importance particulière pour l'État débiteur, tout en étant également un obstacle au droit légitime du créancier à sa réparation. Le §4 du Préambule de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 précise que : « [...] *le but desdits privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentant des États* ». Il est donc important de trouver un équilibre entre les droits des créanciers privés et la protections des intérêts souverains de l'État.

Traditionnellement, les immunités d'exécution ont été considérées comme absolues, mais elles ont été progressivement relativisées pour ne couvrir désormais que des biens étatiques affectés à des missions d'intérêt essentiel et général de l'État⁵⁰². Lorsqu'un État agit comme une personne privée, il ne peut se prévaloir de ses privilèges et de l'immunité d'exécution pour limiter ses obligations de réparation d'un fait internationalement illicite⁵⁰³. Le créancier, disposant d'un titre exécutoire peut donc demander la saisie des biens étatiques commerciaux non affectés aux activités souveraines et à la mission diplomatique ou consulaire.

⁵⁰² Nous pouvons citer l'affaire dite « Eurodif », dans laquelle il est précisé que « *l'immunité d'exécution dont jouit l'État étranger est de principe ; il en est autrement lorsque le bien saisi se rattache, non à l'exercice d'une activité de souveraineté, mais à une opération économique, commerciale ou civile relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice* ». Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 14 mars 1984, pourvoi n° 82-12642

⁵⁰³ *Ibid.*

Ces immunités sont octroyées par le droit international principalement coutumier à tout État. La Convention des Nations Unies de 2004⁵⁰⁴ codifie le droit coutumier en la matière, s'appliquant à certaines séries de biens. Les biens affectés à l'exécution des missions diplomatiques restent régis par la Convention de Vienne de 1961⁵⁰⁵. Cette dernière, dans son article 22⁵⁰⁶, reconnaît une inviolabilité absolue des locaux de la mission diplomatique. Ne prévoyant aucune exception, la renonciation à l'immunité ne les affectera pas⁵⁰⁷. En absence de décisions de justice validant une saisie des biens affectés à la mission, du moins lorsque les biens en question sont affectés à la mission⁵⁰⁸, nous pouvons estimer que l'importance de ces protections est toujours assurée.

Toutefois, il existe d'autres biens souverains dont la protection diminue progressivement. Le régime de renonciation a subi des revirements jurisprudentiels et est déterminé de manière différente en fonction du juge national saisi, ce qui révèle le caractère aléatoire de cette défense par le jeu des privilèges et immunités. Par exemple, s'agissant des comptes bancaires d'une

⁵⁰⁴ Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens; Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004. Non encore en vigueur. Voir résolution 59/38 de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49)

⁵⁰⁵ Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, Vienne, le 18 avril 1961. Entrée en vigueur le 24 avril 1964, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 500, p. 95.

⁵⁰⁶ L'article 22 de la Convention de Vienne dispose que

“1. *Les locaux de la mission sont inviolables. Il n'est pas permis aux agents de l'État accréditaire d'y pénétrer, sauf avec le consentement du chef de la mission.*

2. *L'État accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que les locaux de la mission ne soient envahis ou endommagés, la paix de la mission troublée ou sa dignité amoindrie.*

3. *Les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution.*”

⁵⁰⁷ En droit coutumier, la renonciation doit être expresse et spéciale pour éteindre la protection qui est octroyée aux biens étatiques, les ouvrant à une possible saisie par un créancier. Toutefois, la Convention de Vienne limite l'étendue de cette renonciation, qui ne peut pas comprendre certains biens restant par leur nature insaisissable, tel que l'hôtel de l'ambassade par exemple. Plus précisément, “*Un État ne peut renoncer à l'immunité d'exécution qu'en consentant expressément à se soumettre à des mesures d'exécution, et ce consentement n'est pas toujours suivi d'effet, car certaines catégories de biens sont en tout état de cause insaisissables.*”

J. SALMON, S. SUCHARITKUL, « Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'État », In: *Annuaire français de droit international*, volume 33, 1987. pp. 163-194;

⁵⁰⁸ Le juge français valide la saisie des locaux appartenant à la République Démocratique de Congo, estimant que ces derniers ne sont plus affectés à la mission et relèvent du droit commun. La Cour de cassation précise que ce bien “*affecté au logement de son personnel diplomatique, ne constitue pas une prérogative ou un acte de « souveraineté mais seulement une opération habituelle de gestion relevant du droit privé*”, constatant que “*les biens en cause n'étaient pas affectés aux services de l'Ambassade ou de ses annexes et n'étaient pas la résidence de l'Ambassadeur*”. Cour de cassation, 1ère chambre civile, 25 janvier 2005, n° 03-18.176

ambassade affectés à la mission diplomatique, le droit coutumier⁵⁰⁹ requiert une renonciation expresse et spéciale préalable à toute éventuelle saisie. En droit interne, cette condition se traduit généralement de manière conforme⁵¹⁰. Le juge français a longtemps reconnu la même exigence. En particulier, statuant sur les créances exigées par un fond vautour sur les biens souverains argentins, la Cour de cassation⁵¹¹ confirme l'exigence de la renonciation non seulement expresse mais aussi spéciale⁵¹². Mais un revirement est survenu avec l'affaire *Commisimpex* contre la République du Congo⁵¹³. La Cour de cassation statuait sur le fondement du droit coutumier, au vu de la Convention de 2004 sur les immunités, estimant que cette dernière n'exige qu'une renonciation expresse. L'arrêt de la Cour de cassation a été confirmé par la Cour d'appel de Paris à deux reprises, les 31 mars et 30 juin 2016. Par cette décision, la conditions de spécialité disparaît brièvement. Cependant, la Cour de cassation par son arrêt du 10 janvier 2018, rétablit la condition de la renonciation pour les biens régaliens telle que prescrite par le droit coutumier.

Au vu de cette incohérence par rapport au droit international coutumier tel que codifié par

⁵⁰⁹ Nous pouvons nous référer aux travaux de la CDI de 1991 lesquels disposent qu'« [u]ne renonciation générale ou une renonciation concernant tous les biens situés sur le territoire de l'État du for, qui ne mentionnerait aucune des catégories spécifiques, ne suffirait pas à autoriser des mesures de contrainte à l'égard des biens relevant des catégories énumérées au paragraphe 1 ». A contrario, une renonciation, pour être admise, doit être expresse et spéciale.

CDI, Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II(2). p. 62

⁵¹⁰ Par exemple, nous pouvons citer les législations internes belge et australienne toutes les deux requérant une renonciation expresse et spéciale préalable. Loi du 23 août 2015, instaurant le nouvel article 1412 du Code judiciaire belge; Australie, *Foreign States Immunities Act 1985*, sect. 30 et 31.

⁵¹¹ Des arrêts *NML Capital c/ République Argentine*, Cour de cassation, 1ère chambre civile, 28 mars 2013, n.10-25.938, n.11-10.450, n.11-13.323

⁵¹² Selon les professeurs Denis Alland et Thibaut Fleury Graff, la Cour se fonde sur le droit international coutumier, ainsi que sur «la spécificité, voire l'autonomie du régime des immunités diplomatiques». Toutefois, confronté par la décision de la cour lors de l'arrêt *NML Capital c. Total Austral* de 2013, ce constat se relativise. C.Cass Civ. 1re, 28 mars 2013, n° A 10-25.238, *NML c/ République d'Argentine et Total Austral*.

Les professeurs estiment dès lors que la cour fonde cette nouvelle exigence protectrice de la partie étatique sur l'interprétation fournie par la Commission du droit international des Nations unies (CDI) dans son Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. En effet, dans un commentaire cette dernière estime que malgré l'absence de l'exigence de la renonciation spéciale dans son article 21, «une renonciation générale ou une renonciation concernant tous les biens situés sur le territoire de l'État du for, [qui ne mentionnerait aucune des catégories spécifiques] [listées à l'article 21], ne suffirait pas à autoriser des mesures de contrainte à l'égard des biens relevant des catégories énumérées au paragraphe 1».

ACDI 1991, vol. II, A/CN.4/SER.A/1991/Add.1, 2e partie, p. 62; cité par D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Revue critique de droit international privé*, vol. 1, no. 1, 2016, pp. 1-19. §19.

⁵¹³ Cour de cassation, 1ère chambre civile, 13 mai 2015, n. 13-17751

la Convention des Nations Unies⁵¹⁴, le législateur est intervenu par la Loi dite Sapin de 2016 en incorporant les dispositions⁵¹⁵ de la Convention dans la loi⁵¹⁶. Toutefois, le législateur français institue deux régimes spécifiques. En premier lieu, il prévoit un Régime relatif aux biens diplomatiques pour lesquels la loi impose une renonciation expresse et spéciale. En second lieu, le législateur prévoit un régime spécifique pour les cas où le créancier demandant la saisie est un fond voutour, auquel cas un délai d'exécution minimale tendant à compromettre ce type d'activité est prévu. Le législateur français va même plus loin, imposant une condition plus protectrice que le droit coutumier. En effet la nouvelle loi nécessite une autorisation préalable de saisie par le juge qui suppose de faire la démonstration de l'affectation du bien saisi.

Paragraphe 2. Les instruments nouveaux et prospectifs pour la défense des États face aux STN

Parmi les nouveaux instruments, nous pouvons noter l'avènement de la demande reconventionnelle dans le cadre du contentieux arbitral (A), ainsi que le développement du droit administratif global introduisant une nouvelle dynamique entre les États et les STN (B).

A. L'utilisation de la demande reconventionnelle

En droit international des investissements, les instruments classiques⁵¹⁷ de la protection

⁵¹⁴ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, New York, 2 décembre 2004

⁵¹⁵ Notamment, l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens

⁵¹⁶ Dans les observations du Gouvernement français, sur la Loi Sapin II, ce dernier reconnaît l'incompatibilité entre le droit français et le droit international, nécessitant dès lors la réforme. *“Le droit français de l'exécution, qui permet au créancier muni d'un titre exécutoire d'engager les procédures d'exécution de son choix contre les biens de son débiteur, est apparu peu protecteur des immunités prévues par le droit international. Cette caractéristique est susceptible d'engager la responsabilité internationale de la France et d'occasionner des difficultés diplomatiques importantes. En effet, la France est tenue par une obligation de résultat en vertu du droit international coutumier tel que codifié par la convention de 2004 : celle d'assurer le respect effectif des immunités dont bénéficient certains biens des États étrangers”*

Observations du Gouvernement sur la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Journal Officiel du 10 décembre 2016, n° 287

⁵¹⁷ A l'exclusion des rares TBI de nouvelle génération que nous avons précédemment analysés.

des investissements imposent des obligations uniquement à l'État. Ainsi, le plus souvent, celui-ci est seul défendeur en cas de différend transnational⁵¹⁸. Les violations potentielles de l'investisseur sont quasi-exclusivement des violations des normes internes⁵¹⁹.

Avec l'introduction de l'obligation de respect du droit interne, ou par une mention plus précise et directe de la notion de protection des droits des l'Homme dans un contrat ou TBI entre l'investisseur et l'État, ce dernier peut opposer les actions justiciables dans le cadre de l'arbitrage. Une possibilité de demande reconventionnelle s'ouvre ainsi dans le cas de violations des droits humains par l'investisseur. Son but est *“de placer les investisseurs face à leurs turpitudes, non pour atténuer la responsabilité propre de l'État, mais pour leur faire rendre compte de leurs propres comportements dommageables”*⁵²⁰. En effet, elle permet une interprétation des obligations cumulatives ou contradictoires, ce qui peut condamner l'investisseur à réparer le dommage causé par ses action. D'un autre côté, même si ce ne devrait pas être l'objectif recherché par l'État, la réussite de la demande reconventionnelle peut potentiellement diminuer l'indemnisation due par l'État en fonction des circonstances⁵²¹.

Ainsi, cette méthode nouvelle dans le contentieux arbitral permet à l'État de défendre ses intérêts et ses actions de manière plus offensive. Nous allons analyser le cadre général de la demande reconventionnelle (1) puis plus spécifiquement les conditions de sa recevabilité énoncées par l'article 46 de la Convention de Washington (2).

1) L'encadrement stricte de la demande reconventionnelle limitant ses chances de succès

⁵¹⁸ Un contentieux inter-étatique existe sur la base des TBI dans le cadre duquel l'État est demandeur, mais il est très rare. A titre d'exemple, nous pouvons citer l'affaire de l'Equateur contre les États-Unis, et l'affaire de l'Italie contre Cuba. Nous allons nous focaliser sur le contentieux transnational.

CPA/CNUDCI, *affaire Equateur c. États-Unis d'Amérique*, décision sur la compétence, 29 septembre 2012, n° 2012-5; Tribunal *ad hoc*, *affaire Italie c. Cuba*, décision sur la compétence, 15 janvier 2008.

⁵¹⁹ Notamment, les normes sociales, fiscales, des droits de l'Homme, des atteintes à l'environnement...

F. LATTY, «L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales: le gymkhana de la réaffirmation de l'État », in T. EL GHADBAN, C-M. MAZUY, A. SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État ?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.

⁵²⁰ *Ibid.* p.163

⁵²¹ P. ex., en fonction du dommage environnemental, ou des violations des droits de l'Homme imputable à l'investisseur.

Il faut toutefois préciser que l'utilisation d'une demande reconventionnelle fait face à de multiples obstacles et le résultat positif espéré est particulièrement complexe à atteindre.

Dans un premier lieu, l'instrument sur lequel le différend est basé doit prévoir ou permettre la soumission de demande en arbitrage ou de demande reconventionnelle par l'État.

En théorie, dans le cadre du CIRDI, au regard de l'article 40 du Règlement d'arbitrage CIRDI⁵²² comme dans le cadre d'autres textes régissant le contentieux arbitral, il est tout à fait possible pour l'État de soumettre une demande et d'attirer l'investisseur en arbitrage. Ces instances sont rares mais nous pouvons citer deux affaires initiées par l'État ou ses démembrements⁵²³. Ainsi, la possibilité du dépôt de la demande reconventionnelle⁵²⁴ par l'État est expressément prévue lorsqu'il est attiré devant le tribunal arbitral. En l'absence d'accord contraire des parties, les tribunaux arbitraux instaurés par le CIRDI ne devraient pas s'opposer à la recevabilité de la demande. Ceci a été confirmé par le tribunal statuant dans l'affaire *Sempra*⁵²⁵, précisant qu'au vu des articles 46 de la Convention de Washington et 40 du Règlement d'Arbitrage CIRDI rien ne s'oppose à l'exercice de la demande. Nous pouvons également mentionner l'affaire *Goetz c. Burundi*⁵²⁶, dans laquelle le tribunal a reconnu sa compétence pour apprécier la demande reconventionnelle soumise par l'État du Burundi, mais l'a déclaré infondée et donc l'a rejeté⁵²⁷.

⁵²² L'article 40 du Règlement d'Arbitrage CIRDI dispose que:

“1. Sauf accord contraire des parties, une partie peut présenter une demande incidente, additionnelle ou reconventionnelle se rapportant Règlement d'arbitrage 119 directement à l'objet du différend, à condition que cette demande accessoire soit couverte par le consentement des parties et qu'elle relève par ailleurs de la compétence du Centre.

2. Une demande incidente ou additionnelle est présentée au plus tard dans la réponse et une demande reconventionnelle est présentée au plus tard dans le contre-mémoire, sauf si le Tribunal autorise la présentation de la demande à un stade ultérieur de la procédure, sur justification fournie par la partie présentant la demande accessoire et après avoir pris en considération toutes objections de l'autre partie. ...”

⁵²³ Les affaires dans lesquelles l'État est demandeur : CIRDI, affaire *Pérou c. Caraveli Cotaruse Transmisora de Energía SAC*, n° ARB/13/24 CIRDI, affaire *Gabon c. Société Serete SA*, n° ARB/76/1

L'affaire avec un démembrement de l'État ayant initié le contentieux : CIRDI, affaire *Gouvernement de la Province du Kalimantan oriental c. PT Kaltim Prima Coal et al.*, n° ARB/07/3

⁵²⁴ Par exemple, l'article 46 de la Convention de Washington, les articles 4 et 21 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; les articles 5, 6, et 7 du Règlement d'Arbitrage de la CCJA etc.

⁵²⁵ CIRDI, affaire *Sempra Energy International v. the Argentine Republic*, sentence sur le fond, 28 septembre 2007 n° ARB/02/16.

⁵²⁶ CIRDI, affaire *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, sentence sur le fond, 12 juin 2012, n° ARB/01/2

⁵²⁷ *Ibid.* pp307

En pratique, ce n'est pas l'encadrement de l'institution contentieuse qui exclue la possibilité de soumission de la demande. Ce qui est déterminant ce sont les instruments fondant la compétence du tribunal arbitral. Le plus souvent c'est la formulation de la clause de règlement des différends contenue dans le TBI qui ne prévoit pas ou exclue de manière implicite ou expresse la possibilité de soumettre une demande reconventionnelle. L'exclusion de la demande peut être formulée à travers l'encadrement de la compétence *ratione personae*, reconnaissant uniquement aux investisseurs la capacité de saisir le tribunal. D'un autre côté, concernant la compétence *ratione materiae*, la compétence du tribunal peut être limitée "pour juger les différends concernant les seules obligations conventionnelles des États parties"⁵²⁸. Enfin, la circonscription du droit applicable est tout aussi efficace pour exclure la demande reconventionnelle. La limitation du droit applicable aux seuls TBI et aux principes de droit international, rendrait le tribunal incompétent pour statuer sur les violations alléguées aux obligations de respect du droit interne ou d'autres instruments internationaux en matière de droits humains⁵²⁹. Dès lors, la formulation plus ou moins large de la clause de règlement des différends détermine la possibilité de la partie étatique d'ester en justice.

Ainsi, le contrat signé entre l'État et un investisseur permettra aux deux parties de compromettre en arbitrage ainsi que de déposer une demande reconventionnelle. Comme lors de l'affaire *Burlington Resources c. la République d'Ecuador*⁵³⁰, dans laquelle le tribunal accepte la demande basée sur les *contract claims* mais non pas sur les *treaty claims*.

En second lieu, la demande doit être jugée recevable. L'article 46 de la Convention CIRDI⁵³¹ pose trois conditions que chaque demande doit remplir. Si ces trois conditions sont remplies, la Convention prévoit que le Tribunal arbitral est obligé de statuer. Nous allons

⁵²⁸ F. LATTY, «L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales: le gymkhana de la réaffirmation de l'État », op.cit., p.165

⁵²⁹ *Ibid.* p.165

⁵³⁰ CIRDI, *affaire Burlington Resources Inc. c. la République d'Ecuador*, décision sur la demande reconventionnelle, 7 février 2017, n° ARB/08/5

⁵³¹ L'article 46 de la Convention CIRDI dispose 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.”

analyser plus profondément ces trois conditions par la suite.

En troisième lieu, une fois la demande déclarée recevable, il faut que le Tribunal la considère fondée, et qu'il accepte de la prendre en compte.

Il est particulièrement rare qu'une demande reconventionnelle réussisse à passer ces trois phases et qu'elle soit finalement prise en compte lors de la délibération. La première acceptation de la demande reconventionnelle par un Tribunal arbitral a été la sentence *Urbaser c. Argentine*⁵³². Depuis, le tribunal arbitral a statué sur l'affaire de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), *ArcelorMittal c. Sénégal*⁵³³ portant sur le domaine minier a accepté la demande reconventionnelle soumise par l'État, en lui donnant raison.

2) La difficulté à remplir les conditions de recevabilité

L'article 46 de la Convention CIRDI⁵³⁴ pose trois conditions que chaque demande reconventionnelle doit remplir. En l'occurrence, qu'elle se rapporte "*directement à l'objet du différend*", qu'elle soit "*couverte par le consentement des parties*" et qu'elle relève "*de la compétence du Centre*".

En premier lieu, pour que la demande reconventionnelle soit recevable elle doit présenter un lien direct avec l'objet du différend. En effet, selon M. le Pr. Franck Latty:

*"La demande reconventionnelle n'est en effet qu'une demande accessoire, accolée à une demande principale. La première doit avoir une proximité suffisante avec la seconde, sans laquelle une action juridictionnelle distincte devrait être intentée"*⁵³⁵, nécessitant d'ailleurs que les deux demandes découlent "*d'un même complexe factuel et juridique*"⁵³⁶. Cette connexité

⁵³² CIRDI, *affaire Urbaser S.A., Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, sentence, 8 décembre 2016, n° ARB/07/26

⁵³³ Tribunal arbitral de la CCI, *affaire ArcelorMittal c. Sénégal* sentence, 3 septembre 2013, jugement confidentiel

⁵³⁴ L'article 46 de la Convention CIRDI dispose 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.*"

⁵³⁵ F. LATTY, «L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales: le gymkhana de la réaffirmation de l'État », op.cit. p.169

⁵³⁶ R. KOLB, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, p. 680; Cité par F. LATTY, *ibid.* p.169

directe est complexe à établir et présente un des plus grands enjeux pour la reconnaissance de la recevabilité de la demande. En effet, les demandes reconventionnelles reposent le plus souvent sur les actions justiciables de l'investisseur⁵³⁷, en particulier relatives aux droits de l'Homme et au respect du droit de l'environnement. Toutefois, les investisseurs sont rarement chargés d'obligations dans ces matières, en particulier par les TBI fondant le recours en arbitrage. De ce fait, il est facile de faire obstruction à la demande reconventionnelle en arguant qu'elle porte sur des violations d'obligations non visées par le différend, d'autant plus si celles-ci doivent être tirées d'autres instruments connexes au TBI⁵³⁸. L'invocation du droit interne ou du contrat d'investissement est également conditionnée par la formulation du traité, nécessitant respectivement une clause de respect du droit interne de l'État hôte et une clause parapluie internationalisant le contrat.

Le développement de la responsabilité sociétale des entreprises, avec la reconnaissance d'obligations aux investisseurs dans les TBI de nouvelle génération pourraient permettre un établissement plus facile de cette connexité.

En second lieu, dans le cadre de l'arbitrage, le consentement des parties est primordial, comme le démontre la Convention de Washington fondée sur une base consensuelle, consacrée par son article 25⁵³⁹. Sans consentement, la Convention ne déploie aucun effet. De manière générale, la justice facultative internationale nécessite l'expression du consentement des deux parties⁵⁴⁰.

Le problème se pose quand la clause d'arbitrage est écrite dans la loi nationale⁵⁴¹ ou dans

⁵³⁷ Il s'agit de l'investisseur-demandeur, généralement une société fille. Ce qui peut poser un problème lorsque la demande reconventionnelle porte sur la responsabilité de la société mère, distincte de l'investisseur-demandeur. Dans ce sens il peut être opposé que les parties aux deux demandes ne soient pas identiques.

⁵³⁸ En absence de reconnaissance d'obligation au sein du TBI, il faut nécessairement rechercher si celle-ci fait référence à d'autres instruments nationaux, régionaux, ou internationaux relatifs aux droits de l'Homme. Ainsi, il faut discuter dans quelle mesure et par quel moyen, selon la formulation de la clause les référant, ces normes pourraient être opposées à l'investisseur étranger.

⁵³⁹ L'article 25 de la Convention de Washington délimite la compétence du Centre aux seuls litiges pour lesquels "*les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre*"

⁵⁴⁰ M. le Pr. Franck Latty note que "*Si dans l'ordre interne la question du consentement du sujet de droit au juge étatique ne se pose pas (compétence obligatoire), l'accord des parties demeure une condition sine qua non de la justice facultative qu'est l'arbitrage, quelle que soit au demeurant la qualité, souveraine ou non, des parties.*"
F. LATTY, op.cit p. 162

⁵⁴¹ L'offre de l'arbitrage peut être exprimée dans le code d'investissement national.

le TBI⁵⁴², exprimant donc une offre de la part de l'État, mais non pas une acceptation automatique de la part de l'investisseur. Ce cas de figure est caractéristique de la procédure arbitrale transnationale, dont l'acceptation de l'offre exprimée par l'État se fait par l'initiation du contentieux par l'investisseur. En effet, le recours de l'investisseur vaut l'expression de son consentement⁵⁴³.

En ce sens, la seule clause compromissoire contenue dans le contrat d'investissement entre l'investisseur et l'État détermine le consentement des deux parties. Dans cette circonstance, le fondement de l'arbitrage doit être le contrat en question, sinon le traité, à condition d'une clause parapluie ou d'une internationalisation du contrat. Aussi, le même résultat peut être atteint avec un compromis arbitral signé après la constatation du différend, qui lierait les deux parties, établissant le consentement de l'investisseur⁵⁴⁴.

Le consentement dissocié⁵⁴⁵ pose principalement un problème lors du dépôt de la requête initiale de la part de l'État, sachant que l'investisseur n'a pas eu l'occasion d'exprimer son consentement. Toutefois, en théorie, cela ne devrait pas obstruer la demande reconventionnelle au motif de l'absence de consentement de l'investisseur, car celui-ci a notamment initié la procédure arbitrale. Nous pouvons discuter le fait que l'investisseur, en acceptant l'offre de l'arbitrage pour sa propre requête, n'a pas pour autant expressément consenti à la demande reconventionnelle. Cependant, comme le note le tribunal arbitral dans l'affaire *Antoine Goetz c. Burundi*⁵⁴⁶, en acceptant l'offre d'arbitrage contenue dans le TBI, en l'occurrence relative à l'arbitrage CIRDI, les investisseurs ont accepté l'entièreté des dispositions relatives à cette procédure, plus précisément les articles 46 de la Convention de Washington et 40 du Règlement de l'arbitrage⁵⁴⁷. Dès lors, en acceptant l'offre d'arbitrage au sein d'une institution permettant les demandes reconventionnelles, il peut être soutenu que l'investisseur se réserve non seulement la

⁵⁴² Le TBI étant souscrit entre deux États, l'investisseur est visé mais n'en fait pas partie et ne peut pas exprimer son consentement écrit.

⁵⁴³ Par exemple, CIRDI, *Generation Ukraine Inc. c. Ukraine*, n° ARB/00/9, sentence du 16 septembre 2003, § 12.2.

⁵⁴⁴ F. LATTY, *op.cit.* p. 168

⁵⁴⁵ E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement de traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, pp. 858-859.

⁵⁴⁶ CIRDI, *affaire Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, *op.cit.*

⁵⁴⁷ *Ibid.* §278

possibilité d'attirer l'État en justice mais accepte également que l'État se retourne contre lui par la voie d'une demande reconventionnelle. Cette hypothèse a été confirmée par M. le Pr. Reisman dans son opinion dissidente dans l'affaire *Spyridon Roussalis c. Roumanie*⁵⁴⁸. Il considère notamment que le consentement exigé par l'article 46 de la Convention de Washington, une fois la procédure initiée par un investisseur, est *ipso facto* importée dans toutes les procédures du Centre.

En troisième lieu, l'article 25 de la Convention CIRDI porte sur la compétence du Centre, la limitant aux "*aux différends d'ordre juridique entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre*". La condition prescrite à l'article 46 relative à la compétence du centre est remplie si l'article 25 est respecté. Le différend doit être juridique, à l'exclusion d'un différend d'ordre politique. Les deux articles se recoupent en ce qui concerne le consentement et la connexité de la demande avec le litige. L'article 25 note que le Centre n'est compétent que si le différend est en relation directe avec l'investissement, ce qui est, en l'occurrence, généralement plus facile à constater s'agissant d'actions commises en poursuivant la mission de l'investissement.

Par la demande reconventionnelle, la relation asymétrique inhérente entre un État et une STN peut devenir, en quelque sorte, synallagmatique. Nous précisons que la demande reconventionnelle ne permet pas d'atteindre une réciprocité parfaite entre les parties mais permet un rééquilibrage des règles primaires, opposant aux STN les violations commises au regard du droit interne de l'État d'accueil, ou du droit international des droits de l'Homme et de l'environnement.

B. La restructuration des rapports entre États et STN par le droit administratif global

La théorie du droit administratif global est née au sein du projet de Recherche sur le droit

⁵⁴⁸ CIRDI, *affaire Spyridon Roussalis v. Romania*, n° ARB/06/1

administratif global à l'Université de New York, aboutissant à une construction théorique et doctrinale ayant pour objet de systématiser les études sur la gouvernance globale⁵⁴⁹.

Nous allons tout d'abord envisager l'émergence de la théorie du droit administratif global (1), puis étudier comment elle peut être utilisée dans le cadre de l'arbitrage afin de réaffirmer la position de l'État (2).

1) L'émergence et le théorie générale du droit administratif global

Comme raisons de l'émergence du droit administratif global nous pouvons citer :

*“l'immense augmentation de la portée et des formes de la régulation et de l'administration transgouvernementales, destinées à répondre aux conséquences de l'interdépendance dans des domaines tels que la sécurité, les conditions relatives au développement et à l'assistance financière aux pays en développement, la protection de l'environnement, la réglementation bancaire et financière”*⁵⁵⁰.

Ces conséquences, sous l'effet de la globalisation, ne peuvent plus être gérées de manière efficace par des mesures nationales isolées⁵⁵¹. Les droits national ou international agissant séparément, ne peuvent pas, par leur encadrements traditionnels, régir les effets globaux des activités humaines, nécessitant dès lors des modes de régulations et d'administration “transgouvernementaux”⁵⁵². Ainsi, par le biais de traités internationaux et de réseaux de

⁵⁴⁹ A ne pas confondre avec le droit administratif international qui apparait vers la fin du 19e siècle. L'étude doctrinale par Frédéric Fromhold de Martens, Pierre Kazansky, ou encore Lorentz von Stein du droit administratif international se focalise sur les éléments d'extranéité du droit administratif national. En particulier, la doctrine du droit administratif international analysait la régulation des rapports entre une administration nationale et ses ressortissants nationaux à l'étranger, ou étrangers sur son territoire.

L. HENNEBEL, chapitre «Le droit administratif global», in *Théories du droit global*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2013

⁵⁵⁰ B. KINGSBURY, N. KRISCH, ET R. B. STEWART, « L'émergence du droit administratif global », *Revue internationale de droit économique*, vol. (t. xxvii), n. 1, 2013, pp. 37-58. p. 39

⁵⁵¹ *Ibid.* p. 39

⁵⁵² L. HENNEBEL, *op.cit.*

coopération intergouvernementale plus informels, les mesures nationales ont été déplacées au niveau global, avec une mise en œuvre par des entités administratives transnationales⁵⁵³.

Parmi les diverses institutions internationales, certaines apparaissent comme des organes administratif de part leur configuration⁵⁵⁴. En effet, elles fonctionnent de manière plutôt technocratique. De même, ces organes exercent souvent eux-mêmes des recours administratifs ou des procédures du contentieux administratif⁵⁵⁵, ou ils y sont soumis. De plus, les entités administratives globales peuvent être en rapport étroit avec les appareils publics nationaux, du fait que ces organes sont souvent constitués de fonctionnaires nationaux, et font fonction d'interface entre les administrations nationales et l'organisation internationale dont elles relèvent.

Ainsi, les domaines touchés sont nombreux et incluent le domaine économique et financier. Le Fonds Monétaire International et la Banque Mondiale sont des institutions apparaissant comme des entités administratives globales.

Ce qui est particulièrement intéressant avec l'émergence de cette nouvelle théorie, c'est qu'elle prend en compte les nouveaux acteurs sur la scène globale, intéressant non seulement les sujets traditionnels du droit international mais aussi les individus, les entreprises, les organisations non gouvernementales ou encore les autres entités collectives⁵⁵⁶. Étant destinées à réguler directement le comportement de ces sujets, les obligations contenues dans les normes issues du droit administratif global pourraient être opposées aux personnes privées, physiques ou morales⁵⁵⁷. Traditionnellement, les normes de la sphère internationale n'ont qu'un effet indirect sur les STN, par le biais de la transposition de ces normes par l'État. Avec le développement et la

⁵⁵³ B. KINGSBURY, N. KRISCH, ET R. B. STEWART, *op.cit.* p.39

⁵⁵⁴ En effet, il s'agit de leur structure, leurs fonctions et/ou leurs compétences et pouvoirs. J.B. AUBY, Les observations faites lors de la troisième session du Séminaire "Droit Administratif Comparé, Européen et Global", La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique.

⁵⁵⁵ Par rapport aux entités du droit administratif global, celui-ci est défini comme "*comprenant les mécanismes, principes, pratiques, et arrangements sociaux allant dans le même sens, qui promeuvent ou ont une incidence sur la redevabilité des organes administratifs internationaux, en particulier en garantissant qu'ils se conforment à des normes adéquates en matière de transparence, participation, motivation et légalité des décisions, et en fournissant un recours effectif face aux règles et décisions qu'ils émettent.*"
B. KINGSBURY, N. KRISCH, ET R. B. STEWART, *op.cit.* p.40

⁵⁵⁶ L. HENNEBEL, *op.cit.*

⁵⁵⁷ Comme c'est le cas avec les normes ISO mentionnées précédemment, ou les dispositions du Protocole de Kyoto ajoutées à la Convention Cadre des Nations Unis sur le changement climatique.

mise en pratique de cette jeune théorie du droit global, cet effet indirect pourrait être dépassé.

2) La théorie du droit administratif global dans l'arbitrage

Comme nous l'avons mentionné dans la première partie, le développement du droit administratif global peut avoir une incidence sur le contentieux arbitral. Il n'a pas pour effet, pour le moment, d'imposer de manière contraignante les obligations en matière des droits de l'Homme, ni de les opposer à ses sujets, les STN, dans le cadre de l'arbitrage. Toutefois, cette nouvelle organisation, qui reconnaît l'importance et l'impact des sujets transnationaux, ouvre une nouvelle dynamique entre les États et les STN, qui pourrait mener à une réaffirmation de l'État. Le professeur Franck Latty remarque que l'avènement du "*droit administratif global*" autoriserait "*dans le cadre du contrôle de la légalité de l'action des pouvoirs publics et de la réparation de leurs excès, une certaine modération dans l'appréciation de la responsabilité internationale de l'État qui agit dans la préservation de l'intérêt général.*"⁵⁵⁸

Comme le note le professeur Franck Latty, les tribunaux arbitraux, dans certaines instances, "*ont affiché une déférence certaine envers les compétences étatiques souveraines, qui n'exclut pourtant pas le contrôle de leur exercice*"⁵⁵⁹. Dans ces instances les tribunaux arbitraux n'ont pas diminué ni exclue la responsabilité de l'État pour les actions qui lui sont imputables. Néanmoins, ils ont affiché une volonté d'identifier les obligations qui pourraient être imposées à l'investisseur dans les instruments qui ont été traditionnellement interprétés de manière restrictive et obligeant uniquement l'État. Dans l'affaire *Alasdair Ross Anderson e.a. c. Costa Rica*,⁵⁶⁰ le tribunal souleva l'obligation de respect de la loi et de l'obligation de due diligence. Ce faisant, malgré la formulation ouverte de la disposition contenue dans certains TBI, les États peuvent être en mesure de veiller au respect de leurs lois, et de s'assurer que les investisseurs en prennent conscience à tout moment du projet d'investissement.

⁵⁵⁸ F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *op.cit.*

⁵⁵⁹ F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *op.cit.*

⁵⁶⁰ CIRDI, *Alasdair Ross Anderson e.a. c. Costa Rica*, ARB(AF)/07/3, sentence du 19 mai 2010, § 58

Ainsi, dans l'affaire *Gustav F W Hamester c. Ghana*⁵⁶¹, le tribunal arbitral a reconnu des droits à l'État relatifs à la possibilité de lancer des enquêtes et des poursuites pénales contre l'investisseur. Cette évolution est bénéfique à l'État, lui offrant des alternatives aux poursuites déjà difficiles dans le cadre arbitral.

Toutefois, les poursuites devant le juge national peuvent être utilisées comme argument par l'investisseur contre l'État devant le tribunal arbitral, alléguant une violation du traitement juste et équitable⁵⁶².

Ce qui est particulièrement important, c'est l'interprétation de plus en plus ouverte des arbitres de la circonscription du droit de légiférer par les États. Dans plusieurs affaires⁵⁶³, les tribunaux adoptent une interprétation de la clause de stabilisation plus protectrice des États. En effet, dans l'affaire *Total*, le tribunal arbitral critique les clauses de stabilisation trop larges, permettant d'estimer qu'elles peuvent véritablement limiter la compétence normative de l'État. Ainsi, il est souligné que même si l'investisseur a des attentes légitimes, celles-ci ne peuvent pas complètement neutraliser l'action législative de l'État⁵⁶⁴. De plus, certains tribunaux rappellent le caractère souverain de la régulation normative, ne pouvant dès lors être circonscrite de manière générale⁵⁶⁵.

En outre, comme le note à juste titre le professeur Franck Latty, "*la retenue du tribunal arbitral examinant une loi nationale devrait d'autant plus se manifester que le secteur d'activité réglementé est sensible*", limitant ainsi l'emprise déjà omniprésente des STN sur les États.

⁵⁶¹ CIRDI, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, aff. n° ARB/07/24, sentence du 18 juin 2010, § 297

⁵⁶² F. LATTY, L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales: le gymkhana de la réaffirmation de l'État, *op.cit.* p. 161

⁵⁶³ CIRDI *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, *op.cit.*, § 297 ; CIRDI, *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA et Allan Fosk Kaplún c. Bolivie*, *op.cit.*, §§ 121 et s., 164

⁵⁶⁴ Selon la formulation de la sentence, les atteintes légitimes de stabilisation des régulations, ne représentent pas "*a requirement for the host State to freeze its legal system for the investor's benefit. A general stabilization requirement would go beyond what the investor can legitimately expect*". CIRDI, *affaire Total SA c. Argentine*, sentence, 27 décembre 2010, n° ARB/04/01, § 120

⁵⁶⁵ CIRDI, *affaire AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erömü Kft c. Hongrie*, sentence, 23 septembre 2010, n° ARB/07/22, § 9.3.29

CHAPITRE 2.

L'ACTION À DISTANCE DANS LA SPHÈRE INTERNATIONALE, TRANSNATIONALE OU DANS LES DROITS DES PAYS D'IMMATRICULATIONS

La première étape de la responsabilisation des STN dans leurs agissements au sein des pays d'accueil est l'accroissement de l'effectivité des normes supranationales, qu'elles visent les directement ou indirectement les STN (Section 1). Toutefois, l'encadrement de l'action des sociétés filles ne suffit pas. Il faudrait ensuite effectivement responsabiliser les STN, dans leurs pays d'origine (Section 2).

Section 1. L'accroissement de l'effectivité des normes supranationales

En dépit de certaines apparences, les STN n'agissent pas en dehors de la loi et n'échappent pas à toute régulation. En effet, même si les normes qui les visent directement ne relèvent que de la *soft law*, celle-ci produit tout de même des effets juridiques dans leurs formes originelles⁵⁶⁶, mais aussi en inspirant un durcissement qui pourrait rendre ces normes opposable et effectivement responsabiliser les STN (paragraphe 1). De plus, le comportement des STN, en ce qui concerne les droits de l'Homme est aussi régi par les normes applicables dans les États hôtes. Nous allons, dès lors, analyser comment les normes contraignantes visant les États-Hôte peuvent avoir un effet, même indirect, sur les STN (paragraphe 2).

⁵⁶⁶ Le professeur Alain Pellet, en se référant aux dispositions "molles" contenues dans les traités, précise que : "*ces normes sont matériellement molles: elles relèvent de la normativité puisqu'elles énoncent un comportement attendu de leurs destinataires; mais elles échappent au corollaire tenu pour habituel en cas de non-respect du droit: la responsabilité de l'auteur du fait illicite qui se traduit, lorsque le manquement a causé un dommage, par l'obligation de réparer. Cela ne revient nullement à dire que les normes en question, qu'elles soient molles formellement ou matériellement, ne produisent aucun effet au plan juridique.*" En ce sens, même si les normes de *soft law* ne peuvent pas être imposées au comportement de ceux à qui elles s'adressent, elles peuvent tout de même les influencer. Ainsi, même en l'absence de règles secondaires, la disposition "molle", ne perd pas tout effet juridique.

A. PELLET, « Les raisons du développement du *soft law* en droit international: choix ou nécessité? », dans P. Deumier, J.-M. Sorel (eds.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2018, pp. 177-192, p. 179

Paragraphe 1. Le durcissement des normes visant directement les STN

Le premier moyen de rendre plus contraignantes les normes de *soft law* qui s'adressent directement aux STN est de leur assigner une normativité plus "dure" (A). Ainsi, tout en étant limitée par la volonté des STN, il serait envisageable de renforcer l'obligatorité de ces normes par l'opposition de la bonne foi et du principe de l'estoppel aux STN signataires⁵⁶⁷ dont le comportement s'éloignerait des prescriptions et proscriptions normatives en question (B).

A. Le durcissement du *soft law* dans des instruments contraignant

Plusieurs référentiels internationaux sur la responsabilité des entreprises transnationales⁵⁶⁸ ont été mentionnés précédemment. Ces référentiels s'apparentent à des "*jalons normatifs préalables à l'adoption de traités dont le contenu peut être progressivement durci*"⁵⁶⁹. Dans son analyse le professeur Alain Pellet poursuit en citant "*l'objectif est d'ériger par étapes un bel édifice, de préparer les sens en donnant un sens, une direction. L'approche requiert du doigté car il ne faut pas effrayer trop vite les participants par la rudesse des obligations*"⁵⁷⁰. Le premier durcissement est la transposition des dispositions obligeant les STN en droit interne (1). Sur un autre plan, les dispositions des référentiels, tel que le Rapport de Ruggie, peuvent accéder à une normativité plus "dure" en étant transformées ou reprises par les normes internationales contraignantes (2).

⁵⁶⁷ Les STN doivent signer les accords, exprimer leur volonté, même superficielle, de se conformer aux dispositions des référentiels. En l'état actuel du droit international, les STN ne pourront pas se voir opposer des obligations qu'elles n'ont pas souscrit. Même avec le développement du droit transnational, si celui-ci ressemblerait au droit international en ce qui concerne la genèse des règles de droit, il serait logique d'envisager que, en étant les sujets de ce nouveau droit, les STN devraient de toute façon consentir aux règles qui leur sont opposables. L'existence de règles, équivalentes à celles de *jus cogens* ou même de la coutume déterminées par la majorité des acteurs, qui pourraient être imposées aux STN réfractaires n'est pas claire et imprévisible. De plus, ceci semble contraire à la logique volontariste du droit supranational.

⁵⁶⁸ Notamment, nous avons analysé dans la première partie le Pacte mondial, le rapport de John Ruggie, les normes ISO, ou les norme de l'OCDE.

⁵⁶⁹ A. PELLET, «Les raisons du développement du soft law en droit international: choix ou nécessité?», *op.cit.* p. 187

⁵⁷⁰ H. ASCENSIO, «Soft Law: cinquante nuances de gris, *Dictionnaire des idées reçues en droit international*», Paris, Pedone, 2017, p. 541

1) La transposition rendant les règles de *soft law* opposables aux STN

Comme nous l'avons précédemment vu, le Rapport de Ruggie⁵⁷¹ est un instrument international non-contraignant qui sert de modèle pour les États et les STN. Il peut servir d'exemple étant donné que plusieurs pays⁵⁷² ont intégré dans leur droit interne les recommandations⁵⁷³ de Ruggie, et notamment l'obligation positive de diligence⁵⁷⁴. Cette dernière a été affirmée par l'ONU au Principe directeur 17 du Rapport⁵⁷⁵. L'obligation de diligence raisonnable est une obligation de moyen selon laquelle une entreprise doit informer, prévenir et éviter les impacts négatifs de leurs activités sur les droits de l'Homme.

⁵⁷¹ Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, A/HRC/17/31, du 21 mars 2011

⁵⁷² Ceci sera développé plus loin dans la section 2, mais à titre d'exemple nous pouvons citer la loi sur le devoir de vigilance adopté en France. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁵⁷³ Le rapport énonce plusieurs obligations aux entreprises en matière de droits de l'Homme. En effet, en son principe 11, le Rapport prévoit que : “[L]es 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”.

Il prévoit aussi une obligation négative de “protéger, respecter et réparer” dans son Principe directeur 13. En effet, le principe nécessite des entreprises :

“a) Qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent;

b) Qu'elles s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences.”

⁵⁷⁴ Confirmée dès le départ en tant que deuxième pilier du cadre de référence : “la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, autrement dit de faire preuve de diligence raisonnable pour s'assurer de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui et de parer aux incidences négatives dans lesquelles elles ont une part”.

§6 Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, *op.cit.*

⁵⁷⁵ Principe directeur 17 : “Afin d'identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont elles y remédient, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Ce processus devrait consister à évaluer les incidences effectives et potentielles sur les droits de l'homme, à regrouper les constatations et à leur donner une suite, à suivre les mesures prises et à faire savoir comment il est remédié à ces incidences. La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme:

a) 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;

b) 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;

c) 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.”

L'incorporation dans le droit interne peut, selon la règle de transposition choisie par l'organe national compétent, rendre plus ou moins obligatoire les recommandations contenues dans les référentiels tels que le Rapport. En effet, dépendant du pays qui les transpose, les entreprises mères ou filles peuvent être visées. La transposition est un des moyens efficace du durcissement du droit "mou", mais dépend entièrement de la volonté de l'État en question, à propos du contenu, champ d'application mais aussi de la normativité ou de l'effectivité de la norme de transposition.

2) La reprise des règles par des normes internationales contraignantes

Depuis quelques années la responsabilisation des STN est devenue le focus de plusieurs projets dans la sphère internationale. Certains représentent la continuité de la vision de John Ruggie, avec un durcissement des règles existantes. Dans le cadre même de l'ONU, il est éventuellement envisageable de reprendre le rapport sous une forme contraignante. En 2014, le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, à Genève, a adopté une résolution portant création d'un Groupe de travail intergouvernemental chargé d'élaborer un "*instrument juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises*"⁵⁷⁶. Un avant-projet de traité international a été publié en juillet 2018⁵⁷⁷ par l'ambassadeur de l'Équateur qui présidait le processus.

Plusieurs remarques sont à noter concernant l'avant-projet. Premièrement, l'accent est mis sur les recours et la responsabilité juridique des STN pour les abus commis par les entreprises commerciales⁵⁷⁸. Ce sont effectivement des enjeux plus problématiques qui se posent en la matière, ne comportant jusqu'alors aucune règle secondaire. De plus, une large partie du

⁵⁷⁶ Conseil des droits de l'Homme, Résolution 26/9 Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, A/HRC/RES/26/9, 14 juillet 2014.

⁵⁷⁷ Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme (HCDH), Instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'Homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises, 16 juillet 2018.

⁵⁷⁸ Confirmé par le Rapport de Ruggie qui reconnaît "[l]a nécessité que les droits et obligations s'accompagnent des voies de recours appropriées et efficaces en cas de violation". L'importance donnée au recours et tout à fait logique car elle est généralement considérée comme reflétant l'effectivité d'une norme.

texte est consacrée aux droits reconnus aux victimes⁵⁷⁹. Cet instrument ne s'adresse dès lors pas uniquement aux États et aux STN, mais aussi à ceux qui sont affectés par leurs agissements. Il faut néanmoins noter qu'en garantissant des protections aux victimes, ce ne sont pas les STN qui sont engagées mais les États. Ce qui nous amène à la seconde remarque. Le groupe de travail est censé élaborer un traité sur les entreprises et les droits humains. Toutefois, selon l'avant-projet, l'accent est principalement mis sur les obligations des États. Toute obligation qui lui est reconnue porte sur la mise en œuvre des normes primaires et secondaires relatives à la responsabilité des STN. La possibilité de l'implication de l'État dans les violations des droits de l'Homme à travers son activité commerciale ou économique est ignorée.

Ainsi, les obligations qui incombent aux États en matière de recours disponible aux victimes et en matière de responsabilité juridique des STN, qu'elle soit civile ou pénale, ressemblent davantage à des standards⁵⁸⁰ qu'à des obligations déterminées. En ce sens, parfois ces question peuvent sembler être traitées de manière imprécise, ou obscure.

Enfin, un autre problème se pose au niveau du champ d'application de l'avant-projet, prévu pour être limité aux seules « *activités transnationales* »⁵⁸¹. Tout en apparaissant large, le champ d'application limite la poursuite de la responsabilité aux seuls comportements criminels, quel que soit leur degré de gravité, dont les éléments constitutifs se rattachent à plusieurs juridictions.

De manière générale, dans le cadre du renforcement de la normativité des référentiels existant dans la sphère internationale, le principal outil est le traité, autrement dit une attraction conventionnelle. Cette méthode consiste à hisser le texte non-contraignant aux rang d'un traité

⁵⁷⁹ L'article 8 de l'avant-projet, *op.cit.*

⁵⁸⁰ Standard compris comme « *une directive générale destinée à guider le juge dans l'administration du droit et à lui donner une idée de son but et de sa finalité* ».

A.A. AL-SANHOURY, « Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise », *Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Paris, Marcel Giard, 1925, p 23; cité par A. OUEDRAOGO, « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue Québécoise de droit international*, volume 26-1, 2013. pp. 155-186, p. 170

⁵⁸¹ L'article 3 de l'avant projet propose que: « *This Convention shall apply to human rights violations in the context of any business activities of a transnational character.* »

liant les parties⁵⁸². Un exemple notable est l'élaboration d'un traité-cadre⁵⁸³, ou bien d'un traité qui mettrait l'accent sur la création ou la reconnaissance des obligations directes des entreprises relatives aux droits humains et au titre du droit international. L'accession des normes de *soft law*, visant spécifiquement les STN, vers la coutume internationale ou les principes généraux *du* droit international est inenvisageable tant que celles-ci ne sont pas des sujets de droit international. Il pourrait en être autrement quant aux principes généraux *de* droit international. Toutefois, ceci nécessiterait une application commune et uniforme des normes responsabilisant les STN par un nombre assez large d'États.

B. La potentielle obligatorité des règles visant les STN par opposition à la bonne foi et au principe de l'*estoppel*

Le principe de l'*estoppel*⁵⁸⁴ et la bonne foi⁵⁸⁵ sont des principes admis tout d'abord en droit national privé, entre deux parties contractantes, puis par la suite en droit international en tant que principe général de droit au sens de l'article 38 du statut de la CIJ. Ces deux principes

⁵⁸² D. ALLAND, *Manuel de droit international public, op.cit.* §148

⁵⁸³ Généralement utilisé dans le droit de l'environnement, un traité-cadre peut être défini de différentes manières. Premièrement, selon un auteur, les traités-cadres énoncent des dispositions s'adressant plutôt à "*des directives que des obligations juridiques*". C.G. CAUBET, « Le Traité de coopération amazonienne : régionalisation et développement de l'Amazonie », *AFDI* 1984, p. 813.

Cette définition peut être lue conjointement avec la prochaine selon laquelle le traité cadre vise "*non pas de fixer des règles de fond, mais d'établir un cadre institutionnel produisant de telles règles*". D.D. CARON, « La protection de la couche d'ozone stratosphérique et la structure de l'activité normative internationale en matière d'environnement », *AFDI*, 1990, p. 707, cité par A.C. KISS, « Les traités-cadre : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement », *AFDI*, volume 39, 1993. pp. 792-797

⁵⁸⁴ L'*estoppel* est un principe juridique d'origine anglaise selon lequel une partie ne saurait se prévaloir de prétentions contradictoires au détriment de ses adversaires et selon lequel il est interdit de se démentir au détriment d'autrui. Le recours à l'*estoppel* permet d'analyser des situations précontractuelles pour savoir si elles ont fait naître des attentes.

⁵⁸⁵ La bonne foi au sens objectif, en tant que principe général de droit, comporte trois aspects :

1. "*sur son versant positif, la bonne foi protège la confiance légitime qu'un comportement a fait naître chez autrui quelle que soit la volonté réelle mais non intelligible de l'auteur ;*
2. *sur son versant négatif, la bonne foi protège certaines finalités ancrées dans l'intérêt collectif contre des prétentions individualistes excessives (théorie de l'abus de droit) ;*
3. *de manière subordonnée, la bonne foi s'oppose à ce qu'un sujet puisse tirer profit d'un comportement déloyal qui enfreint la réciprocité et l'égalité (doctrine du nemo commodum capere potest ex propria turpitudine)."*

R. KOLB, « Partie I. La bonne foi et les sources du droit international public – Section V. Bonne foi et *estoppel* », in: *La bonne foi en droit international public: Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Genève: Graduate Institute Publications, 2000, (consulté le 18 août) <<http://books.openedition.org/iheid/2275>>

sont utilisés en droit international public, comme en droit international économique⁵⁸⁶, pour opposer aux États leurs comportements susceptibles de provoquer des attentes légitimes de la part d'autres sujets. Originellement, en droit international économique, le recours à l'*estoppel* a été utilisé pour rendre des codes d'investissements internationalement opposables aux États⁵⁸⁷.

Ces principes peuvent donc être envisagés comme des moyens de rendre contraignantes des obligations originellement non-contraignantes, non seulement à l'égard des États mais aussi, par analogie nous pouvons envisager d'utiliser ces moyens pour contraindre les STN. Au regard de la définition [*“u]ne partie qui s'est engagée de bonne foi à adopter un certain comportement ou à reconnaître une certaine situation juridique est empêchée par estoppel d'agir en contradiction avec cet engagement...”*], il paraît envisageable d'utiliser le principe d'*estoppel* pour durcir les engagements souples que les STN signent en matière de droits de l'Homme.

Pour rendre opposable un tel engagement à un acteur quelconque par le jeu de l'*estoppel*, il faut pouvoir constater plusieurs éléments⁵⁸⁸.

Dans un premier temps, il est nécessaire d'établir un comportement ou une déclaration initiale claire et non équivoque⁵⁸⁹. La clarté ou la certitude d'un comportement peut se constater par la précision de l'engagement ou par sa généralité, son universalité⁵⁹⁰, ou ses caractéristiques

⁵⁸⁶ De manière plus large, l'invocabilité des principes généraux de droit international est admise en arbitrage international de manière consistante. Plus précisément, s'agissant de l'obligation de bonne foi, celle-ci est admise en arbitrage en tant que principe général de droit au sens de l'article 38 du statut de la CIJ. A titre d'exemple, dans la décision Total, le tribunal arbitral relève que le concept d'attentes légitimes découle de l'obligation de bonne foi. CIRDI, *affaire Total SA c. Argentine*, *op.cit.*

Concernant l'*estoppel*, dans l'affaire RSM contre Grenade, le tribunal soutient que : *“Collateral estoppel, it is said, is well established as a general principle of law applicable in international courts and tribunals being a species of res judicata”*.

CIRDI *affaire Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation c. Grenada*, sentence, n. ARB/10/6 §4.6.5

⁵⁸⁷ En théorie, lorsque l'adoption d'un code d'investissement a fait naître des attentes au bénéfice d'une partie, celle-ci ne pourrait pas être anéantie par l'État d'accueil sans tenir compte des attentes qu'il a fait naître. Par l'obligation du traitement juste et équitable contenue dans le TBI, l'obligation découlant d'*estoppel* et renforcée.

⁵⁸⁸ La Cour statuant lors de l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua définit l'*estoppel* comme pouvant être *“inféré d'un comportement, de déclarations, etc., d'un État qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante l'acceptation par cet État d'un régime particulier, mais auraient également amené un autre ou d'autres États, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice”*

CIJ, *affaire Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence de la Cour et la recevabilité de la requête, 26 novembre 1984, § 51

⁵⁸⁹ CPJI, *affaire les Emprunts serbes*, arrêt 12 juillet 1929, p. 39.

⁵⁹⁰ R. KOLB, « Partie I. La bonne foi et les sources du droit international public – Section V. Bonne foi et *estoppel* », *op.cit.* §8

pour les normes portant sur les droits de l'Homme. En effet, le comportement initial peut se constituer par la signature d'un référentiel ou d'une norme même souple sur la protection des droits de l'Homme. Ce faisant, la STN se déclare volontaire de respecter les standards et les principes directeurs exprimés. Cet élément est lié à la confiance ou aux attentes légitimes. En effet, cette déclaration peut faire naître des attentes de la part des partenaires de cette STN. L'État qui invite une STN sur son territoire pour un projet minier et lui lègue ses ressources naturelles, peut choisir ladite société sur la base de la confiance effective et de bonne foi, que ses engagements en matière des droits fondamentaux ont fait naître.

L'élément final à considérer est le dommage résultant de la confiance créée. En droit international, la doctrine⁵⁹¹ ne retient que le dommage matériel. Pourtant la jurisprudence n'est pas claire sur ce point. L'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* ne mentionne qu'un préjudice sans davantage de précision⁵⁹².

Paragraphe 2. Les normes contraignantes visant les États-hôte ayant un effet indirect sur les STN

Dans un premier temps nous allons envisager l'application et la ratification des normes internationales visant les États (A), puis les normes régionales visant les États pouvant avoir une incidence directe sur les STN (B).

A. Les normes internationales contraignantes

⁵⁹¹ A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, Pedone, Paris, 1979, p. 293-4. cité par R. KOLB, « La bonne foi en droit international public », *op.cit.*

⁵⁹² CIJ, *affaire Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *op.cit.* § 51

L'organisation internationale du travail (OIT)⁵⁹³ édicte des normes qui définissent les principes et les droits minimums au travail⁵⁹⁴, représente la base de la justice social. Les normes de l'OIT prennent plusieurs formes et portent sur les différents aspects des droits fondamentaux aux travaux. L'instrument international le plus pertinent au secteur extractif est la Convention sur la sécurité et la santé dans les mines de 1995⁵⁹⁵, qui a pour objectif de prévenir toute atteinte à la santé pouvant résulter des activités minières que pourraient subir les travailleurs ou la population locale. La Convention sur le domaine minier affirme aussi que les travailleurs ont le droit d'être informés, formés et consultés de manière effective, ainsi que de participer aux prises de décision et à leurs mise en œuvre relatives à la sécurité et à la santé.

Les deux principaux types d'instruments sont les conventions et les recommandations. Les conventions sont des traités internationaux juridiquement contraignants pouvant être ratifiés par les États Membres, et dès lors obligatoires pour les États signataires. Toutefois, le texte⁵⁹⁶ de la Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail et de son suivi ainsi que le Conseil de l'État français⁵⁹⁷ confirment que les conventions contiennent

⁵⁹³ L'OIT est une émanation de l'ONU, fondée en 1919 dans le cadre du Traité de Versailles. L'OIT réunit des représentants des gouvernements, employeurs et travailleurs de 187 États Membres.

⁵⁹⁴ Le Conseil d'administration du BIT a qualifié de fondamentales les conventions qui traitent de questions considérées comme des principes et des droits fondamentaux au travail :

1. liberté syndicale et reconnaissance effective du droit de négociation collective,
2. élimination du travail forcé ou obligatoire,
3. abolition effective du travail des enfants : l'OIT a établi un Programme international pour l'abolition du travail des enfants,
4. amélioration de la condition de travail,
5. élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

Ces principes sont également énoncés dans la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998.

⁵⁹⁵ OIT, Convention, n° 176 sur la sécurité et la santé dans les mines de 1995, *op.cit.*

⁵⁹⁶ Le premier considérant de la déclaration rappelle l'engagement des membres de l'OIT "à la réalisation des objectifs d'ensemble de l'Organisation".

⁵⁹⁷ En effet le Conseil d'État dans son rapport de 2013 sur le "droit souple", parlant de la Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail et de son suivi, précise que :

"Celle-ci définit quatre droits fondamentaux dont tous les États membres doivent respecter les principes, du seul fait de leur appartenance à l'OIT et même s'ils n'ont pas ratifié les conventions correspondantes: 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 et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. La Déclaration ne définit pas de règle de droit nouvelle, elle n'a qu'une valeur reconnitive des obligations qui incombent aux États du fait de leur adhésion à l'OIT."

Conseil d'État, Étude annuelle 2013 « Le droit souple », dossier de presse, 2 octobre 2013

des règles fondamentales qui s'imposent aux États par leur simple adhésion à l'OIT, indépendamment de la signature de la convention en question.

Lorsqu'une convention énonce les principes fondamentaux qui doivent être appliqués par les États qui l'ont ratifiée, les recommandations⁵⁹⁸, servent de principes directeurs et ont un caractère non contraignant. Les recommandations correspondantes, de leur côté, participent au développement d'une normativité plus contraignante du droit international, en cela qu'elles aident et améliorent l'application de la norme principale. En effet, cette norme, bien qu'obligatoire, pourrait ne pas atteindre l'effectivité espérée ou attendue en l'absence de mise en œuvre.

Par ailleurs, les recommandations autonomes, prises indépendamment des conventions, ou de normes formellement ou matériellement «dures», peuvent avoir une effectivité juridique, même en l'absence de caractère obligatoire, ainsi qu'un «*poids politique incontestable*»⁵⁹⁹. Elles peuvent incarner les raisons d'être classiques du *soft law*, voire les avantages pour lesquels ce dernier est parfois préféré au droit «dur»⁶⁰⁰.

Sur ce versant, il existe également les accords-cadres mondiaux négociés avec des entreprises multinationales. Ils énoncent des principes et des droits sociaux fondamentaux qui seront respectés soit dans tous les pays où l'entreprise multinationale signataire opère, soit dans ceux précisés dans l'accord. Leur champ d'application peut s'étendre aux seules filiales du groupe ou bien comprendre des fournisseurs et des sous-traitants. Un nombre considérable d'accords fait référence à la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT. Toutefois, malgré leur nombre grandissant, ces accords-cadres mondiaux sont des initiatives volontaires à la discrétion des multinationales et le résultat de négociations directes entre les représentants de la direction et des travailleurs d'une entreprise multinationale. Ces accords peuvent être des instruments efficaces et nécessaires pour pallier,

⁵⁹⁸ Il faut rappeler que les recommandations sont le plus souvent des normes correspondantes aux conventions. Elles les complètent en proposant des dispositions plus précises destinées à aider à l'application des conventions. Les recommandations autonomes existent aussi.

⁵⁹⁹ D. ALLAND, *Manuel de droit international public, op.cit.* §147.

⁶⁰⁰ A titre d'exemple, nous allons citer quelques avantages des recommandations autonomes, comme la flexibilité et l'adaptabilité des normes aux contextes et situations changeantes ou différentes selon les destinataires. Leur adhésion est plus libre, ce qui peut entraîner une application plus profonde. D'un autre côté, la simple existence de recommandations participe à la prise de conscience des enjeux et à la promotion des questions traitées en suscitant des échanges d'information au sein des membres ou acteurs tiers. Ce qui peut par la suite entraîner par mimétisme l'adhésion et/ ou le respect des dispositions y contenues.

dans une certaine mesure, le manque de mécanismes mondiaux pour assurer les droits des travailleurs. Ils sont particulièrement utiles dans certains pays qui ne reconnaissent aucun droits aux salariés, mais où les multinationales peuvent être présentes. Lorsque des violations sont constatées, les accords peuvent prévoir des sanctions et, le cas échéant, une rupture de la relation commerciale avec le fournisseur ou le sous-traitant mis en cause.

B. Les normes régionales visant les États pouvant avoir une incidence sur les STN

Nous allons tout d'abord analyser le Code panafricain des investissements (1) avant de nous pencher sur les codes communautaires existant en Afrique de l'Ouest (2).

1) Le Code panafricain des investissements

Tout d'abord, nous allons présenter brièvement le Code panafricain des investissements⁶⁰¹ (α), pour ensuite passer à l'analyse des apports innovateurs en matière de responsabilisation des STN (β). Enfin, nous examinerons la question de la mise en œuvre du Code (γ).

α : La présentation générale

Le Code Panafricain des investissements a été adopté fin 2016 par une commission d'experts de l'Union africaine, dans l'espoir d'avoir une application régionale dans cinquante-cinq États membres de l'Union africaine⁶⁰².

Le Code s'inscrit dans le mouvement de réforme générale du droit des investissements étrangers et de l'arbitrage qui a émergé au milieu des années 2010. Ce mouvement a pour but de concilier le droit des investissements étrangers, le développement durable et la responsabilité

⁶⁰¹ Ci-après le Code, ou CPAI

⁶⁰² Comité d'experts de l'ONU (Commission économique pour l'Afrique) et de l'Union africaine. 2016. *Projet de Code panafricain des investissements*. E/ECA/COE/35/18, AU/STC/FMEPI/EXP/18(II), 26 mars 2016.

sociale des entreprises⁶⁰³. C'est un modèle régional d'accord représentant une nouvelle génération d'instruments de promotion et de protection des investissements, tout en visant à revitaliser le rôle de l'État dans un contexte de développement durable⁶⁰⁴. En effet, “[d]ans l'optique du Code, le droit n'est plus écarté pour laisser faire les échanges ; il est au contraire littéralement mis au service du développement durable”⁶⁰⁵.

Selon M. Serrurier “Le Code panafricain constitue, l'un des exemples les plus aboutis de régénération [...] peut susciter à terme une véritable mutation des obligations des investisseurs”⁶⁰⁶. Ce code consacre notamment la volonté d'inclure et d'obliger toutes les parties prenantes, investisseurs étrangers compris, permettant ainsi un rééquilibrage des relations entre les États hôtes et les investisseurs étrangers. A cet égard, le Code Panafricain est un texte particulièrement novateur⁶⁰⁷, en ce qu'il prescrit un équilibre et établit également des obligations à la charge des investisseurs comme des États dans les domaines économiques, sociaux et environnementaux. Ainsi, il permet la reconnaissance des droits pour les États hôtes, ex. droit de réglementer⁶⁰⁸.

Le Code propose la réforme du système arbitral généralement perçu comme profondément déséquilibré. Il réaffirme et revitalise le critère traditionnellement reconnu en

⁶⁰³ Le mouvement affectant plusieurs dimensions, juridique, politique, économique et sociale que nous avons précédemment mentionné.

⁶⁰⁴ L'objectif de développement durable est consacré à l'article premier du CPAI : “L'objectif du présent Code est de promouvoir, de faciliter et de protéger les investissements qui favorisent le développement durable de chaque État membre, et en particulier celui dans lequel l'investissement est réalisé”.

⁶⁰⁵ E. SERRURIER, « Le code panafricain des investissements - Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *op.cit.*

³⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ Le Code est inspiré par le Model Bilateral Investment Treaty rédigé par la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC, en 2012) qui prévoit directement des obligations pour les investisseurs, matérialisant ainsi la responsabilité sociale des entreprises. De même, le modèle de traité énonce des droits de l'État pouvant potentiellement résulter en mesures moins favorables, voire discriminatoire pour les investisseurs. En effet, les articles 20 et 21 prévoient à l'État le droit de réglementer pour réaliser les objectifs de développement durable, et le droit de prendre des mesures préférentielles dans ce même but.

⁶⁰⁸ Droit qui a été limité progressivement en droit international économique, à la doctrine de l'ordre public. A. PELLET, « Police Power or the State's Right to Regulate » in: M. KINNEAR, G. R. FISCHER, J. R. ALMEIDA, L. F. TORRES, M. URAN BIDEgain, *Building International Investment Law – The First 50 Years of ICSID*, 2016, p. 447-462

Mais, dans la publication de la CNUCED de 2015, le droit de réglementer dans le but du développement durable a été confirmé.

CNUCED, Investment Policy Framework for Sustainable Development, New York, ONU, 2015

arbitrage international, étant la condition de contribution au développement de l'État hôte⁶⁰⁹. Ce critère est consacré dans le préambule et dans l'article 4 du Code⁶¹⁰. Cette condition vise à responsabiliser l'investisseur en ne protégeant que les investissements qui contribuent au développement économique de l'État hôte.

L'auteur du texte, M. Serrurier, y voit un double effet positif. Un effet théorique, par rapport à la stabilité de la jurisprudence arbitrale, "*Cette prescription écarte d'emblée la critique régulièrement entendue, qui dénonce le droit des investissements comme l'instrument de soumission de l'intérêt public à des opérations financières privées du type investissements de portefeuille ou fonds-vautours*"⁶¹¹ et un effet pratique, car la réaffirmation du critère crée une prérogative et un devoir d'agir pour l'État vis-à-vis des besoins de sa population.

Toutefois, il faut noter que la force juridique de ce Code est néanmoins discutable et à construire, et demande une participation active de toutes les parties prenantes, notamment les États et les organisations économiques régionales. En effet, le Code est certes ambitieux dans son contenu, mais reste un modèle non-contraignant. Sa transposition en droit interne et l'utilisation de ces dispositions dans les conventions pourraient le transformer en outil efficace et effectif dans la quête d'une responsabilisation véritable des STN.

β: L'analyse des apports innovateurs en matière de responsabilisation des STN

⁶⁰⁹ La condition de contribution au développement de l'État hôte consacrée par l'article 25 de la Convention CIRDI et confirmée dans les affaires de CIRDI, 2001, *Salini c. Maroc* op.cit; CIRDI, 2006, *M. Patrick Mitchell c. RDC* op.cit.

Comme nous l'avons vu, le critère est un outil important et efficace, mais de plus en plus assoupli ou même mis de côté au bénéfice de la protection des investissements indépendamment de leurs effets sur l'État qui les accueille.

⁶¹⁰ L'article 4 du CPAI reprend certains critères retenus traditionnellement par les tribunaux arbitraux ainsi que le critère de développement ajouté par l'affaire Salini, tout en le précisant. Le Code précise que seul les investissements contribuant de manière significative seront couverts par ses dispositions.

En effet, l'article 4 du CPAI : "[u]n investissement selon le présent Code doit présenter les caractéristiques suivantes : une activité commerciale substantielle conformément à l'alinéa 1, l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'espoir d'un gain ou d'un profit, la prise de risque, et une contribution significative au développement de l'État d'accueil."

⁶¹¹ E. SERRURIER, «Le code panafricain des investissements - Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable», op.cit.

L'une des particularités du Code Panafricain d'Investissements est qu'il impose des obligations de manière équitable tant aux États qu'aux investisseurs étrangers, se distinguant ainsi des autres instruments en la matière.

Nous allons nous focaliser sur les obligations reconnues aux investisseurs et particulièrement sur celles se rapportant aux protections et aux droits des travailleurs. Le contenu de certaines de ces obligations n'est pas nécessairement novateur, sachant que certaines dispositions sont inspirées des mentions classiques, ainsi que des référentiels en matière de responsabilité sociétale des entreprises contenant des clauses similaires. Tout de même, ce corpus prend en compte six séries d'obligations et dès lors peut s'avérer un des instruments le plus complet de droit international économique⁶¹².

La première série d'obligations des investisseurs concerne la transparence, et le respect des exigences nationales et internationales de gouvernance d'entreprise⁶¹³. La deuxième série d'obligations des investisseurs concerne le cadre socio-politique. Plus précisément, selon l'article 20, les investisseurs doivent notamment veiller :

a) au *“respect de la souveraineté, de la législation, de la réglementation et des pratiques administratives nationales”* ;

b) au *“respect des valeurs socio-culturelles”* ;

...

e) au *“respect du droit des travailleurs”*.

Ce dernier alinéa est particulièrement important pour notre sujet. Toutefois, la mention du *«respect du droit des travailleurs»* manque de clarté. En effet, la disposition lue seule est large et peu précise. La mention des travailleurs peut nous laisser penser qu'il s'agit du droit intéressant

⁶¹² Par exemple, à part le CPAI, le modèle brésilien élaboré en 2015, le Cooperation and Facilitation Investment Agreement, est le seul modèle de TBI existant aujourd'hui qui consacre une telle importance de prescriptions en matière de RSE et de développement durable.

⁶¹³ En effet, l'article 19.1 du CPAI prévoit que : *“[L]es investissements doivent être conformes aux normes nationales et internationales de gouvernance d'entreprise dans le secteur concerné, en particulier en ce qui concerne la transparence et les pratiques comptables”*.

De plus, l'article 19.2 encourage les acteurs à agir *“tout en prenant en compte, entre autres, les préoccupations environnementales et éthiques”*.

les travailleurs qui dépasse le seul droit du travail⁶¹⁴. Elle nous semble viser le respect des droits et des protections⁶¹⁵ reconnues aux travailleurs applicables en droit national.

Sa portée peut être variable, et est ouverte à l'interprétation des parties. Dès lors, l'effectivité potentielle de cette disposition n'est pas assurée et dépendra de sa mise en œuvre, de la spécificité de chaque cas et de la volonté des parties de lui donner une portée plus ou moins importante. En absence de mise en œuvre du Code à l'heure actuelle, nous pouvons tout de même saluer la prise en compte des obligations visant à protéger les travailleurs, ce qui est dans le cas minier un enjeu majeur.

La troisième série d'obligations porte sur la prohibition des pratiques de corruption, qu'elle soit passive ou active, directe ou indirecte⁶¹⁶.

L'article 22 du CPAI annonce la quatrième série d'obligations et vise la responsabilité sociale des entreprises. Dans son alinéa premier, l'article reprend l'obligation du respect de "*la législation, de la réglementation, des directives administratives et des politiques de l'État d'accueil*". De plus l'article impose que le développement de l'entreprise ne devrait pas nuire aux "*objectifs de développement social et économique des États d'accueil*"⁶¹⁷ et que les investisseurs doivent les prendre en compte dans leurs opérations. De même, "*[L]es investisseurs contribuent au progrès économique, social et environnemental dans le but de réaliser le développement durable des États d'accueil*"⁶¹⁸. Cet article permet d'encadrer l'action de l'investisseur tout en état respectueux de son initiative privée et de la poursuite de son développement propre. Il peut aussi être soutenu qu'en liant la RSE à la condition du

⁶¹⁴ Comme nous l'avons vu précédemment, certains droits de travail nationaux ne comprennent que certaines formes de travail. De ce fait, de nombreux travailleurs peuvent être exclus des protections octroyées par le droit du travail. Ainsi, en faisant référence au respect du droit des travailleurs, et non pas au droit du travail, le code peut viser à élargir son champ d'application et de complexifier les possibilités données aux investisseurs de s'échapper de leurs obligations envers certains travailleurs non-visés par les codes de travail.

⁶¹⁵ Par exemple, il pourrait s'agir des protections syndicales, ou des protections garantissant des conditions décentes de travail et de meilleures protections sociales.

⁶¹⁶ L'article 21 du CPAI prévoit que les investisseurs "*n'offrent, ne promettent ou n'octroient aucun avantage illégal ou indu ni don de nature pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public d'un État membre, à un membre de sa famille, à l'un de ses associés ou à toute autre personne afin que cet agent ou un tiers agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exercice de ses fonctions officielles*".

⁶¹⁷ Article 22, alinéa 2 du CPAI : "*Les investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques, s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des États d'accueil et sont sensibles à ces objectifs.*"

⁶¹⁸ Article 22, alinéa 3 du CPAI

développement économique de l'État, le contenu de cette responsabilité, généralement considérée « molle », se durcisse. En effet en ne respectant pas cette disposition, l'investissement ne contribuant pas aux «*progrès économique*», ne respecte pas les obligations imposées au vu de la RSE, et est donc déchu de sa qualité d'investissement aux yeux du Code.

Concernant le domaine extractif en particulier, l'article 23 du Code prescrit la cinquième série d'obligation, relative à l'utilisation responsable des ressources naturelles locales. En effet, le Code précise que les intérêts de l'État d'accueil ainsi que les droits de la population locale doivent prévaloir, et ne peuvent pas être sacrifié ou compromis par les activités des investisseurs⁶¹⁹.

Finalement, concernant la sixième série d'obligations, l'article 24 prévoit la nécessité du respect de l'éthique commerciale et des droits humains. L'article précise que :

“[l]es principes suivants doivent guider les investisseurs en matière de respect de l'éthique commerciale et des droits humains :

- a) promouvoir et respecter la protection des droits humains internationalement reconnus ;*
- b) veiller à ne pas être complices de violations des droits humains ;*
- c) éliminer toutes les formes de travail forcé ou obligatoire, y compris l'abolition effective du travail des enfants ;*
- d) éliminer la discrimination en matière d'emploi et dans la vie professionnelle ; et*
- e) veiller à un partage équitable des richesses issues des investissements.”*

Ne faisant référence à aucun traité ou aucune norme de droit dur en matière de droits de l'Homme, cette liste d'obligation, tout en portant sur un vaste éventail de domaines, n'est ni assez précise ni suffisamment compréhensible. Ceci est l'un des problèmes empêchant la consécration du Code et limitant sa potentielle efficacité.

γ : La question de la mise en œuvre du Code

⁶¹⁹ L'article 23 du CPAI énonce que : “1. Les investisseurs ne doivent pas exploiter ou utiliser les ressources naturelles locales au détriment des droits et intérêts de l'État d'accueil.
2. Les investisseurs veillent au respect des droits des populations locales, et évitent les pratiques d'accaparement des terres, préjudiciables à ces communautés. ”

Selon M. Serrurier⁶²⁰, la rédaction du Code fait obstacle à son entrée en vigueur, le texte n'a notamment pas été adopté en tant que Traité, diminuant de ce fait sa force juridique et en faisant un texte « *d'inspiration et de réflexion* » pour les États. Toutefois, ceci ne lui fait pas perdre toute valeur juridique et normativité⁶²¹. En attendant sa consécration dans les droits internes, le Code peut être utilisé comme modèle pour les TBI à venir. Dès lors, malheureusement, pour que le Code déploie ses effets et atteigne ses objectifs il faudra attendre⁶²².

De plus, le texte n'ayant pas de portée rétroactive, il ne vaut que pour l'avenir de la négociation ou de l'adoption de nouveaux textes de réglementation des investissements. Son adoption au sein de l'Union africaine ne peut pas remettre en question les engagements passés ou actuels des États membres. Ainsi, il ne peut pas avoir un effet de substitution ou de réinterprétation des normes en vigueur⁶²³. Aussi, la mise en œuvre du Code sera progressive, avec un suivi par la Commission de l'Union africaine, qui a pour mission d'encourager et de soutenir concrètement les États membres dans la transposition des principes et clauses de ce Code dans leurs législations nationales et dans les négociations internationales.

Comme le Code n'est pas formellement contraignant, seule sa transposition dans le droit interne ou la conclusion d'accords l'utilisant comme modèle rendra ses dispositions opposables aux États. De plus, l'État ne s'engage qu'en transposant les dispositions, ou en signant un accord ou traité formellement dur, qui contient ces dispositions. Le Code étant un outil d'inspiration,

⁶²⁰ E. SERRURIER, « Le code panafricain des investissements - Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *op.cit.*

⁶²¹ Selon le professeur Prosper Weil, si les actes non-contraignant “*ne créent pas de droits et d'obligations susceptibles d'être invoqués devant le juge ou l'arbitre international et si leur violation ne peut engager la responsabilité internationale, ils créent des attentes et exercent sur la conduite des États une influence qui peut dans certains cas être plus grande que celle exercée par des règles conventionnelles ou coutumières*”. P. WEIL, « Vers. une normativité relative en droit international ? » *R.G.D.I.P.*, 1982, n°1, pp. 5-47, p.10

⁶²² D'autant plus que les contrats minier sont généralement d'une longue durée, les conséquences politiques, juridiques et environnementales de l'application des dispositions du Codes ne seront pas visibles avant longtemps.

⁶²³ L'article 3 du CPAI précise que : “*le présent Code n'affecte pas les droits et obligations des États membres découlant de tout accord d'investissement existant*”.

l'État n'est pas non plus engagé à le transposer en des termes similaires. Ainsi même, l'absence de transposition ne mettra pas en cause la responsabilité des États parties⁶²⁴.

Toutefois, la mise en œuvre du Code nécessitera une intense interaction entre la Commission de l'Union africaine, les États membres et les organisations régionales⁶²⁵. Ceci pourrait inspirer la genèse de nouveaux instruments sectoriels ou de moindre ampleur, mais qui seraient formellement ou matériellement plus contraignants dans leurs domaines respectifs. Ainsi, selon l'article 3, alinéa 3, le Code invite les États membres à s'abstenir de ratifier des TBI qui seraient contraires au contenu du Code panafricain. Dans le cas contraire, les États seraient tenus par les instruments contraignant les empêchant directement d'adopter les dispositions protectrices des intérêts des États, et des droits de la populations. Cette disposition semble porter une normativité à mi-chemin entre le *soft law* et droit contraignant⁶²⁶.

Un autre moyen se présente, en dehors de la transposition ou de la consécration par un TBI, de durcir le caractère « mou » du Code. En effet, l'article 3 en son alinéa 2⁶²⁷, prévoit la possibilité de mutation du Code en instrument contraignant panafricain. Pour le moment aucune véritable volonté de la part des membres de l'Union africaine n'a été exprimée.

⁶²⁴ Même si l'État serait obligé, comme certains auteurs le considèrent, de justifier sa décision de ne pas poursuivre son incorporation en droit positif, il ne pourrait pas être juridiquement opposé à l'État l'absence de transposition. Comme nous l'avons noté, en parlant des recommandation de l'Assemblée générale de l'ONU, en absence d'effet contraignant, l'État peut ne pas accepter la norme de droit souple mais il "*doit donner les raisons de sa décision*". Opinion individuelle de M. Lauterpacht, jointe à CIJ, Sud-Ouest africain, Procédure de vote, avis consultatif du 7 juin 1955, C.I.J., Recueil 1955, p. 67.

⁶²⁵ Par exemple des organisations comme la CEDEAO, CEMAC, COMESA, SADC, etc.

⁶²⁶ Il faut souligner tout de même que l'inapplication de cette disposition ne pourra pas entraîner la poursuite de la responsabilité de l'État car aucun mécanisme n'est prévu à cet effet. Les organes de l'Union africaine et les organisations non-gouvernementales sont les seules entités capables de surveiller que cette contradiction n'arrive pas.. Toutefois, rien ne garantit que les États accepteront de changer leurs comportements en cas de contradiction avec un instrument de droit souple.

⁶²⁷ L'article 3 alinéa 2 du CPAI dispose que : "*les États membres peuvent convenir de réviser le présent Code et le rendre contraignant afin qu'il remplace les traités bilatéraux d'investissement intra-africains (TBI) ou les chapitres consacrés aux investissements contenus dans les accords commerciaux intra-africains après un délai qu'ils déterminent ou après l'extinction de ces traités conformément à leurs dispositions pertinentes*".

De plus, l'isolement du texte fait obstacle au renforcement de la valeur juridique du Code., le Code ne fait notamment aucune référence au droit dit "dur"⁶²⁸ et particulièrement dans le domaine des droits de l'Homme⁶²⁹ et du droit social international. D'un autre côté, ce problème pourrait être levé si, *a contrario*, un autre instrument contraignant – TBI ou accord – faisait expressément référence au Code et ses dispositions, que ce soit pour l'appliquer, ou pour l'approfondir⁶³⁰. Cela aurait pu être le cas lors des négociations dans le cadre de l'Union africaine au sujet de la *Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECA)* conclues en 2018 sans aucune mention au Code panafricain.

2) Les normes communautaires dans l'Afrique de l'Ouest

Dans un premier temps, nous allons analyser la Directive de la CEDEAO sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier (α), puis dans un second temps, le code minier de l'UEMOA, actuellement en révision (β).

α : La Directive sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier de la CEDEAO

La Directive de la CEDEAO⁶³¹ sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier (ci-après la Directive) est particulièrement novatrice car elle adresse les enjeux majeurs que peuvent causer les actions des STN de domaine extractif dans les pays d'accueil⁶³². Les objectifs principaux de la Directive sont de doter les États membres d'une

⁶²⁸ Le préambule mentionne quelques normes et instruments internationaux, tels que l'Agenda 2063 pour le développement, le Cadre pour une nouvelle politique d'investissement pour le développement durable de la CNUCED, le Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD) les Objectifs de développement durable (ODD) adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2015. Toutefois, ces textes ne sont tous que du *soft law*. Dans ce sens, le Code panafricain ne mentionne explicitement aucun traité ou accord formel, relevant du droit dur, auquel le Code pourrait se reporter comme norme complémentaire ou interprétative.

⁶²⁹ Le texte ne fait même pas référence à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

⁶³⁰ E. SERRURIER, « Le code panafricain des investissements - Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *op.cit.*

⁶³¹ Conseil des Ministres de la CEDEAO, Directive sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier, C/Dir3/D5/D9, 27 mai 2009

⁶³² Il s'agit des enjeux que nous avons évoqués précédemment, en particulier le rôle de la communauté locale, les considérations sociales et environnementales, la protection des travailleurs, la sous-traitance etc.

politique minière unifiée et d'un cadre juridique harmonisé tout en respectant les particularités et les différents contextes des domaines miniers nationaux respectifs.

Dès la lecture des considérants, nous pouvons remarquer la place qui a été octroyée aux intérêts publics⁶³³, tout en préservant l'attractivité du cadre pour les investisseurs étrangers. De plus, la Directive énonce clairement un rééquilibrage des forces dans le domaine, en soulignant qu'elle se base sur "*des normes standard de haut niveau de responsabilité pour les compagnies minières et les gouvernements afin de promouvoir les droits de l'homme, la transparence et l'équité sociale et de garantir la protection des communautés locales et de l'environnement dans les zones minières de la sous-région*"⁶³⁴.

Les positions des deux acteurs auxquels devrait s'adresser cette norme, soit la partie étatique et la partie privé, sont respectées et mises sur un pied d'égalité⁶³⁵. Ceci peut être lu dans le considérant relatif aux intérêts économiques respectif des États et des investisseurs. En effet le Conseil des Ministres reconnaît "*la nécessité de protéger et de maintenir la stabilité macroéconomique des États membres en ce qui concerne les revenus générés ou provenant de l'exploitation minière ainsi que de créer un environnement économique propice pouvant attirer les investisseurs dans l'industrie minière et de maintenir un équilibre entre les intérêts des États membres et ceux des investisseurs*"⁶³⁶.

Ainsi, la Directive reconnaît des obligations aux deux acteurs. Elle fait référence aux divers instruments des droits de l'Homme s'adressant non seulement aux États mais aussi aux chefs d'entreprises⁶³⁷.

⁶³³ Tels que les intérêts généraux des États membres, mais aussi, la Directive reconnaît l'importance du respect des intérêts des communautés locales. En effet, le chapitre IV de la Directive est consacré à la "protection de l'intérêt national". L'article 16. permet le respect des intérêts des communautés locales.

⁶³⁴ L'article 2 alinéa 1 de la Directive

⁶³⁵ Comme nous l'avons vu, généralement et traditionnellement dans les normes relevant du droit international des investissements, la consécration de l'équilibre des acteurs privés et publiques n'est pas fréquente.

⁶³⁶ L'idée est reprise dans l'article 2 alinéa 2 de la Directive.

⁶³⁷ Notamment, la Directive fait référence aux Déclarations de l'OIT s'adressant aux États membres, en particulier à la Déclaration sur les principes fondamentaux et les droits des travailleurs. Concernant les entreprises, la Directive rappelle l'importance du Pacte mondial des Nations Unies, et des obligations reconnues aux STN en matières de droits fondamentaux liés au travail et au respect de l'environnement.

§3 des considérants de la Directive.

De plus, l'article 15 de la Directive consacre des obligations aux États membres et aux compagnies minières.

De plus, la Directive reconnaît : *"l'universalité, l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme, y compris le droit au développement tel que reconnu dans le Pacte international des Nations Unies sur les droits économiques sociaux, et culturels"*, poursuivant que le respect de ceux-ci sont nécessaires pour permettre *"à chaque individu de participer, de contribuer et de jouir du développement économique social, culturel et politique dans lequel tous les droits humains et les libertés fondamentales peuvent entièrement se réaliser"*⁶³⁸.

La Directive et l'Acte additionnel⁶³⁹ représentent des avancements considérables pour la gestion du domaine minier en Afrique de l'Ouest. Toutefois, la Directive relève du spectrum de la normativité variable⁶⁴⁰, en ce qu'elle n'a pas d'application directe et immédiate dans le droit interne. Les États membres de la CEDEAO sont liés par les objectifs fixés dans la Directive, tout en gardant un libre choix des moyens et des formes de transposition à utiliser. La Directive fixe les délais⁶⁴¹. Une procédure complexe et compréhensive est prévue pour garantir son respect. En effet, l'article 17 prévoit la procédure en cas de violation des dispositions de la Directive. En plus de la plainte⁶⁴², un État membre, un individu ou une partie prenante peut saisir *"la Cour de Justice de la CEDEAO ou d'invoquer la procédure d'arbitrage ou [...] toute autre juridiction internationale telle que la Cour Africaine de Justice ou la Cour Africaine des Droits de*

⁶³⁸ §4 des considérants de la Directive de la CEDEAO.

⁶³⁹ Les Chefs d'État et de Gouvernement de la CEDEAO ont signé, le 17 avril 2012 l'Acte additionnel A/SA.16/02/12 portant adoption de la Politique de Développement des Ressources Minérales de la CEDEAO (PDRMC).

⁶⁴⁰ Cette caractéristique est tout à fait classique pour les directives communautaires. Les directives de l'Union européenne, par exemple sont de même nature, offrant plus de flexibilité et de liberté quant à leur application, tout en restant fermes sur les objectifs à atteindre.

⁶⁴¹ Les États membres sont obligés de prendre les dispositions législatives et réglementaires pour la mise en œuvre effective de la Directive avant le 1^{er} juillet 2014.

⁶⁴² L'article 17, alinéa 1 de la Directive dispose que : *"1. Toutes questions relatives à la violation de la présente Directive sont portées à la connaissance des États membres pour résolution. Dans le cas où ces questions n'ont pu être résolues, elles sont portées à la connaissance du Président de la Commission de la CEDEAO qui soumet les plaintes à la Cour de Justice de La CEDEAO conformément à ses Protocoles."*

*l'Homme*⁶⁴³. Ainsi, en cas de différend portant sur l'interprétation ou la mise en œuvre de la Directive⁶⁴⁴, plusieurs mécanismes alternatifs de règlement des différends sont prévus.

β : Le code minier de l'UEMOA

Le Code minier initial⁶⁴⁵ (ci-après le Code), en vigueur depuis 2003, fait partie des instruments particulièrement protecteurs des investisseurs. Il relève de la génération de mesures de dérégularisation de l'État, cherchant à assurer les investissements en offrant des avantages exorbitants. Le Code de 2003 est actuellement en révision. Cette révision intervient dans le but de la création d'un cadre harmonisé, notamment sur le plan fiscal et douanier mais elle est censée prendre en compte le développement communautaire, et prévoir l'intégration des activités minières à l'économie dans un souci de développement durable.

Pour le moment, le code de 2003 reste toujours en vigueur jusqu'à l'adoption de la nouvelle version. Ceci pose un évident problème de cohérence et de compatibilité entre lui et la Directive de la CEDEAO. Tout en sachant, que ce sont deux organisations différentes, elles sont composées pour majorité des mêmes membres⁶⁴⁶. La coexistence de deux instruments si différents rend leur application et leur respect particulièrement complexe.

⁶⁴³ L'article 17, alinéa 2 de la Directive dispose que ; "2. Conformément au présent article, la procédure d'examen des plaintes n'empêche pas un État, un individu ou une partie prenante de porter l'affaire devant la Cour de Justice de la CEDEAO ou d'invoquer la procédure d'arbitrage ou la compétence de toute autre juridiction internationale telle que la Cour Africaine de Justice ou la Cour Africaine des Droits de l'Homme."

⁶⁴⁴ L'article 18 de la Directive dispose que :

"1. Les États membres doivent doter les communautés locales engagées dans des négociations et le règlement de différends miniers avec les titulaires de droit ou titre miniers des capacités nécessaires à cet effet.

2. Tout différend qui naît au sujet de l'interprétation et /ou de la mise en œuvre de la présente Directive doit être réglé par le biais de la négociation, de l'arbitrage ou d'autres mécanismes alternatifs de règlement des différends, nonobstant les dispositions de l'article 17 ci-dessus.

3. Si les parties ne parviennent pas à un accord tel qu'il est stipulé à l'alinéa (2) du présent article, l'affaire est portée devant la Cour de Justice de la CEDEAO."

⁶⁴⁵ Règlement n° 18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant adoption du Code Minier Communautaire de l'UEMOA

⁶⁴⁶ Les membres de l'UEMOA sont au nombre de 8, et comprennent Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau (depuis le 2 mai 1997), Mali, Niger, Sénégal, Togo.

Les membres de la CEDEAO sont en nombre de 15, et comprennent le Bénin, Burkina Faso, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée Bissau, Libéria, Mali, Niger, Nigéria, Sénégal, Sierra Léone, Togo.

L'ancien Code reprend le déséquilibre classique entre les droits et obligations des acteurs privés et publics. Il reconnaît des prérogatives considérables à l'investisseur⁶⁴⁷. Concernant les obligations relativement limitées⁶⁴⁸ qui lui sont reconnues, l'ancien Code évite toute notion de considérations sociales, relatives aux droits de l'Homme.

La réforme en cours se focalise, selon le communiqué de la réunion des ministres chargés de la révision⁶⁴⁹, sur 6 principaux avancements⁶⁵⁰, dont la question des droits de l'Homme et de la sous-traitance. La question de la compatibilité avec le régime minier applicable au sein de la CEDEAO présente un intérêt fondamental. En effet le Communiqué⁶⁵¹ précise que le nouveau code est censé prévoir le moyen de rendre opérationnel le protocole de convergence entre la CEDEAO et l'UEMOA en ce qui concerne le Code Minier des deux institutions, ce qui permettra une harmonisation des deux espaces. Avec cette convergence, la protection des populations et des travailleurs énoncée par la Directive pourrait se traduire dans le droit de l'UEMOA. Permettant

⁶⁴⁷ Par exemple nous pouvons mentionner quelques-unes des prérogatives reconnues :

1. La protection de la propriété: libre disposition des biens mobiliers et immobiliers, matériels ou immatériels; protection assurée contre les nationalisations, expropriations, réquisitions (l'article 13 du Code minier)
2. Libre importation des marchandises, matériaux, matériels (l'article 13 du Code minier)
2. Libre choix des fournisseurs, sous-traitants et des partenaires (l'article 14 du Code minier)
3. Libre transfert des devises et bénéfices (l'article 15 du Code minier)
4. Stabilité des régimes fiscaux et douaniers (l'article 17 du Code minier), avec des avantages et exonérations fiscaux nombreux (l'article 27 du Code minier).

⁶⁴⁸ S'agissant des obligations imposées aux investisseurs, le Code reconnaît en son article 18 que : *“Tout titulaire de titre minier...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 :*

1. *respecter l'ordre public ;*
2. *se conformer à la réglementation régissant la création et le fonctionnement des entreprises ;*
3. *réaliser des études d'impact sur l'environnement pour la phase d'exploitation ;*
4. *respecter les règlements sur l'environnement ;*
5. *mettre en place un plan de surveillance ainsi qu'un programme de réhabilitation de l'environnement ;*
6. *fournir aux autorités compétentes les documents comptables et financiers, les rapports d'exécution sur leur programme, l'emploi et autres informations utiles.”*

⁶⁴⁹ Communiqué final, Réunion des ministres chargés des mines sur le projet de code minier communautaire révisé de l'UEMOA, Ouagadougou, le 29 juin 2019

⁶⁵⁰ Les principaux avancements du nouveaux code sont:

1. *“la non stabilisation des questions relatives aux droits de l'Homme..., aux aspects environnementaux et sociaux et tous les droits, impôts et taxes y afférents;*
2. *la nécessité d'une synergie d'actions des États membres dans la gestion de l'exploitation artisanale;*
3. *la nécessité d'une gestion efficiente de la participation de l'État dans le capital des sociétés d'exploitation;*
4. *la nécessité de prévoir un mécanisme pour une meilleure prise en compte de la participation des sociétés privées nationales dans le capital des sociétés d'exploitation;*
5. *l'amélioration des règles encadrant la question de la sous-traitance”*

Communiqué final, Réunion des ministres chargés des mines sur le projet de code minier communautaire révisé de l'UEMOA, *op.cit.*

⁶⁵¹ *Ibid.*

dès lors une compatibilité entre les deux régimes, les États membres des deux organisation ne seront plus tenus à des critères et standards diamétralement différents.

Section 2. Les normes visant la responsabilisation des États d'immatriculation

Au vu de l'impossibilité, actuelle, de poursuite des STN au niveau international⁶⁵², l'engagement de leur responsabilité civile⁶⁵³ doit se faire devant le juge national, soit dans le pays d'origine de la société, soit dans le pays d'accueil. Ayant précédemment envisagé ce dernier cas de figure⁶⁵⁴, nous allons ici nous focaliser sur les différents systèmes développés dans les pays d'immatriculation des sociétés mères qui peuvent permettre de responsabiliser, sinon poursuivre, les personnes morales pour leurs actions. Dans un premier temps nous allons envisager certaines règles primaires (paragraphe 1), puis les règles secondaires, assurant un recours contre les sociétés mères dans les pays d'immatriculation (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les régulations nationales responsabilisant les sociétés mères

Après un aperçu général de la législation nationale relative à la responsabilité des entreprises (A), nous évaluerons la mesure dans laquelle la transposition des obligations de diligence et l'obligation de transparence permettent un véritable avancement (B).

A. L'aperçu général de la législation nationale relative à la responsabilité des entreprises

Tout d'abord il faut distinguer les normes nationales de la RSE à proprement parler car cette dernière vise les normes d'autorégulation adoptées par les STN de manière volontaire. En ce sens, la RSE peut être vue comme l'interprétation subjective de l'intérêt général et limitée à l'intérêt privé. Ces normes auto-imposées par les STN peuvent être encadrées par un droit qui leur est dédié, droit qui peut avoir une normativité variable. Généralement, comme les États sont

⁶⁵² Du fait de l'absence de personnalité juridique internationale, les STN ne sont pas soumises aux règles primaires, violation desquelles provoquerait l'engagement de leur responsabilité internationale sur la base des règles secondaires correspondantes.

⁶⁵³ L'engagement de la responsabilité pénale ne sera pas traité.

⁶⁵⁴ Cf. *Supra*

rarement obligés de transposer des dispositions telles que celles énoncés dans le Rapport de Ruggie, s'ils choisissent de le faire, c'est pour en assurer une application effective. Mais ceci n'est pas garanti.

La transposition dans le droit interne permet un certain durcissement des référentiels sur la RSE par le simple fait que les sociétés sont des sujets de droit interne. Les États peuvent les contraindre de respecter les droits de l'Homme le long de leurs chaînes d'approvisionnement, dans toutes leurs opérations gérées par toutes leurs filiales, aussi bien que de contraindre tous leurs employés et sous-traitants. Ce sont ces mêmes États qui sont aptes à poursuivre la responsabilité de ces STN sur leurs territoires en cas de violation.

Toutefois, conditionné par une appréhension pour l'attractivité économique, le degré de normativité des normes nationales dépend entièrement du choix de l'organe compétent. L'exemple parfait est le droit canadien qui "*...est dans un continuum réglementaire caractérisé par une série d'évolutions (d'une force normative variable) qui renforcent la responsabilité de ces dernières*"⁶⁵⁵. Concernant les réformes législatives sur la RSE au Canada dans le domaine extractif, le Canada a adopté en novembre 2014 une nouvelle stratégie de promotion de la RSE concernant les sociétés extractives canadiennes actives à l'étranger. Son cadre législatif reste peu contraignant, mais les réformes récentes cherchent à donner à la RSE une place plus importante dans la sphère économique. Ainsi, les nouvelles réformes législatives visent principalement à responsabiliser les sociétés mères en leur imposant une plus grande responsabilité. Un autre point particulièrement important concerne la question de l'accès des victimes aux recours judiciaires. Tout en poursuivant les sociétés mères malgré leur éloignement géographique des activités sur le terrain, les réformes facilitent l'accès des victimes aux recours judiciaires.

Cette évolution est confirmée par les cours canadienne, en particulier par les décisions *Choc c. Hudbay Minerals Inc.*⁶⁵⁶ et *Chevron Corp. c. Yaiguaje*⁶⁵⁷, rendues respectivement par la Cour supérieure de l'Ontario et par la Cour suprême du Canada, qui révèlent en effet une

⁶⁵⁵ I. TCHOTOURIAN, V. DESHAYE, R. MAC FARLANE-DROUIN, «Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires ?» *Les Cahiers de droit*, volume 57, numéro 4, décembre 2016, p. 635–683. <<https://doi.org/10.7202/1038261ar>>

⁶⁵⁶ Ontario Superior Court, *Choc c. Hudbay Minerals Inc.*, arrêt sur le fond, 22 juillet 2013 n.1414

⁶⁵⁷ Cour Suprême de Canada, *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, arrêt sur le fond 4 septembre 2015, n. 42, [2015] 3 S.C.R. 69

judiciarisation des questions de RSE sur la base de nouveaux fondements juridiques. En premier lieu, dans l'affaire *Choc v. Hudbay Minerals Inc*⁶⁵⁸ la question était de savoir si, selon le droit international, une obligation de diligence peut être opposée à la société mère dans des circonstances où sa filiale serait impliquée dans des violations flagrantes des droits de l'homme. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté les requêtes de *HudBay*, concluant que la société mère canadienne avait une obligation de diligence envers les villageois affectés par les actions du personnel de sécurité de ses filiales. Deuxièmement, dans l'affaire *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, il s'agit de la question de la reconnaissance et de l'exécution, au Canada, d'un jugement obtenu par des citoyens équatoriens contre Chevron Corporation (Chevron) pour violation du droit environnemental⁶⁵⁹. La Cour suprême a établi sa compétence en adoptant une approche libérale pour exécuter les jugements étrangers.

B. Les obligations de diligence et l'obligation de transparence permettant un avancement limité

Suivant les recommandations du Comité des droits économiques, sociaux et culturels lors de sa 61^{ème} session, certains États parties ont poursuivi la transposition dans leurs droit des obligations visant à rendre le comportement des STN plus transparent et responsable. L'un des outils employés est l'obligation de diligence raisonnable⁶⁶⁰ (1). La transposition dans les droits nationaux de cette dernière est particulièrement variable dans les pays occidentaux. Un autre outil le plus souvent utilisé est l'obligation de transparence (2).

1) L'obligation de diligence raisonnable

⁶⁵⁸ En espèce, en 2013, les citoyens guatémaltèques ont intenté des recours en responsabilité civile devant la Cour supérieure de l'Ontario à l'encontre de l'entreprise torontoise Hudbay Minerals Inc.

⁶⁵⁹ Au regard de la pollution importante qui a été causée par les opérations pétrolières en Équateur.

⁶⁶⁰ Le Comité a recommandé aux États parties d' "*imposer l'observation d'une diligence raisonnable pour prévenir la violation des droits garantis par le Pacte dans la chaîne d'approvisionnement des entreprises, mais aussi par leurs sous-traitants, fournisseurs, franchisés ou autres partenaires*".

Observations générales n°24 sur les obligations des États dans le contexte des activités des entreprises, §16, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 61^e session, mai-juin 2017.

En effet, en France, le devoir de vigilance est introduit dans le droit positif par la loi du 27 mars 2017⁶⁶¹. Cette loi énonce l'obligation pour les sociétés de caractère et de taille transnationale ayant leur siège social en France⁶⁶² d'établir un « plan de vigilance ». L'étendue de l'obligation dépend de la formulation du législateur. En espèce, le législateur français énonce les mesures de diligence raisonnable prenant en compte la quasi-entièreté des activités des STN⁶⁶³. Toutefois, l'obligation de diligence n'est qu'une obligation de moyen, ne garantissant pas la prévention de la violation des droits de l'Homme. Elle permet simplement une plus grande transparence. De plus, les sanctions prévues en cas de manquement se limitent à la mise en demeure et au mécanisme d'amende civile⁶⁶⁴.

Au Pays-Bas, un projet de loi a été adopté par le Sénat en mai 2017 sur la diligence raisonnable, en matière de travail des enfants. La loi ouvre son champ d'application, visant non seulement les STN d'origine néerlandaise mais aussi toute entreprise dont les utilisateurs finaux sont néerlandais. Toutefois, la loi est orientée principalement vers la protection et la simple divulgation des informations aux consommateurs sur le potentiel travail des enfants dans la chaîne d'approvisionnement⁶⁶⁵. L'Allemagne, quant à elle, opte clairement pour une normativité

⁶⁶¹ La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 op.cit.

⁶⁶² Inséré dans l'article L. 225-102-4 du code de commerce, l'article 1er de la loi du 27 mars 2017 prévoit : *“Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance.”*

⁶⁶³ L'article 1er, alinéa 3 de la loi du 27 mars 2017 prévoit : *“Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.”*

⁶⁶⁴ Le mécanisme d'amende civile a été censuré par une décision du Conseil constitutionnel du 23 mars 2017 Conseil constitutionnel, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC

⁶⁶⁵ Nous pouvons citer la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), sur les produits en provenance des territoires palestiniens occupés. En effet, la Cour confirme que tous produits alimentaires fabriqués dans des territoires occupés par l'État d'Israël devront porter une mention adéquate de leur provenance, afin d'enlever toute ambiguïté susceptible d' *“induire les consommateurs en erreur”*. (Considérant 4 du Règlement n° 1169/2011, dit INCO, du 25 octobre 2011, publié au JOUE le 22 novembre 2011) Ainsi, *“l'information des consommateurs doit permettre à ces derniers de se décider en toute connaissance de cause ainsi que dans le respect, notamment, de considérations sanitaires, économiques, écologiques, sociales ou éthiques”*. CJUE, Grande Chambre, arrêt du 12 novembre 2019, ECLI:EU:C:2019:954, §53

souple, ne prévoyant de la durcir que si l'application spontanée et volontaire des mesures de diligence raisonnable n'atteint pas 50 % des grandes sociétés⁶⁶⁶.

D'un autre côté, le Conseil fédéral suisse a rejeté l'initiative populaire d'insertion d'une forme ou une autre de la RSE en droit interne en octobre 2017, en ce qu'elle menaçait l'attractivité du pays pour l'implantation des sièges des entreprises transnationales⁶⁶⁷.

2) L'obligation de transparence

Le code de commerce français énonce l'obligation de transparence⁶⁶⁸, une des premières méthodes de promotion du concept de RSE. Cette obligation vise à permettre un accès plus facile et de meilleure qualité aux informations sur les activités "extra-financières" des STN.

L'analyse de la législation française permet de voir que, malgré son évolution, cette obligation ne reste qu'un produit des réformes "cosmétiques"⁶⁶⁹. En effet, la régulation européenne⁶⁷⁰ n'impose que la simple existence d'une obligation de transparence dans le droit interne de ses États membres, qui restent libres d'en définir le contenu. La transposition française⁶⁷¹ met en place un système de déclaration soumise par les entreprises sur les "*questions*

⁶⁶⁶ A. RATIER, « Loi sur le devoir de vigilance des multinationales : vers un changement de paradigme pour la RSE », *UN Global Compact*, <<https://www.globalcompact-france.org/blog/loi-sur-le-devoir-de-vigilance-des-multinationales-vers-un-changement-de-paradigme-pour-la-rse-17>> (consulté en août 2020).

⁶⁶⁷ Depuis, à la suite d'une longue procédure, le projet révisé a été adopté le 15 janvier 2020 par le Conseil fédéral. Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, État de la mise en œuvre 2017-2019 et plan d'action 2020-2023.

⁶⁶⁸ L'ancien article L.225-102-1 du Code de commerce dispose que "*l'entreprise doit transmettre des informations sur la manière dont elle prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable. Les informations sociales et environnementales figurant ou devant figurer au regard des obligations légales et réglementaires font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État. Cette vérification donne lieu à un avis qui est transmis à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directoire.*"

⁶⁶⁹ Benoit PETIT, « Les libertés instrumentalisées ? Retour sur les rapports complexes entre Droits de l'Homme et multinationales », *op.cit.*, §26

⁶⁷⁰ 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

⁶⁷¹ La directive européenne est transposée en droit français par l'Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, et par le Décret n° 2017-1265 du 9 août 2017 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.

d'environnement, sociales et de personnel, le respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption"⁶⁷². Les informations à fournir peuvent sembler incomplètes et subjectives en nature⁶⁷³. De plus, l'obligation est purement formelle car, tout en prévoyant la production d'un avis de l'organisme à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport de gestion, le code de commerce ne fait aucune mention de ce qui incomberait à l'entreprise en cas d'avis négatif⁶⁷⁴. Dès lors, ces obligations peuvent être instrumentalisées par les entreprises pour se forger une image vertueuse, facilement en décalage avec leurs actes⁶⁷⁵.

Toutefois, cette obligation et son renforcement progressif représentent un véritable progrès, un outil indispensable pour diagnostiquer les forces et faiblesses de la mise en œuvre d'une politique de RSE au sein d'une STN.

Paragraphe 2. L'établissement des recours disponibles dans les États d'immatriculation

La poursuite d'un recours dans les États d'immatriculation comporte plusieurs enjeux. L'un des principaux obstacles concerne les limitations et les lacunes du droit national, comme l'absence de législation en la matière ou la doctrine de *Political Question* et *Act of State*⁶⁷⁶. La doctrine de *forum non conveniens* représente une autre limitation. Ce principe permet au juge saisi de se déclarer incompétent au profit de la juridiction estimée la plus apte ou adaptée pour le

⁶⁷² Directive 2014/95/UE, *op.cit.* considérant 6

⁶⁷³ Les textes susmentionnés prévoient une liste de questions auxquelles les entreprises doivent répondre et publier. Mais ces informations ne doivent être fournies que si elles sont jugées pertinentes par rapport aux principaux risques et politiques menées par la société. Pour ce faire, les entreprises peuvent s'appuyer sur les référentiels internationaux en matière de la RSE. Ce choix est libre. De plus, aucune donnée statistique, ou objective n'est demandée.

⁶⁷⁴ L'article L225-102-1 du code de commerce, dans son paragraphe V. dispose que : "*Pour les sociétés dont le total du bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État, le cas échéant sur une base consolidée, les informations figurant dans les déclarations mentionnées au I et au II font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État. Cette vérification donne lieu à un avis qui est transmis aux actionnaires en même temps que le rapport mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 225-100.*"

⁶⁷⁵ Benoit PETIT, « Les libertés instrumentalisées ? Retour sur les rapports complexes entre Droits de l'Homme et multinationales », *op.cit.*, §26

⁶⁷⁶ Par exemple, la Cour suprême du Canada a limité la portée de cette doctrine, mais le Parlement a néanmoins reconnu une immunité générale aux États étrangers, dans toutes leurs actions sauf commerciales.

faire, généralement celle du lieu de survenue du dommage. Il est d'autant plus difficile pour les requérants de poursuivre les STN dans leurs pays d'immatriculation, sachant que différents juges interprètent ce principe de manière différente⁶⁷⁷.

Si tous ces obstacles sont dépassés, se posent toujours les questions relatives à l'accessibilité de la justice aux étrangers. L'accès aux recours dans les pays d'origines des STN n'est pas facile. Certaines législations nationales n'opèrent aucune différence entre le requérant qu'il soit ressortissant ou étranger, mais il n'est pas garanti que ce dernier puisse accéder à l'aide juridictionnelle, ou du moins soutenir le coût des actions en justice.

Nous allons donc analyser les législations permettant le recours (A), puis les progrès jurisprudentiels accomplis pour la sécurisation du recours (B).

A. Les législations permettant le recours

Nous allons nous focaliser sur les législations existantes aux États-Unis, l'ATCA (1) et dans l'Union européenne, le Règlement Bruxelles I⁶⁷⁸ (2), qui permettent le recours devant leurs cours pour les faits des STN commis à l'étranger.

1) L'ATCA

L'ATCA ou *Alien Tort Claims act* adoptée en 1789 aux États-Unis⁶⁷⁹, permet à un étranger d'entamer "*toute action civile pour tout dommage commis en violation des lois*

⁶⁷⁷ Aux États-Unis, le principe est interprété largement et est constaté assez facilement. En effet, pour que le juge américain se dessaisisse, il faut constater deux conditions, qu'il existe une autre juridiction vers laquelle le demandeur en responsabilité pourrait se tourner, et que cette autre juridiction soit considérée, au vu des intérêts en jeu, comme plus appropriée. Au Canada, la Cour Suprême limite la portée de la doctrine. Elle estime que le juge canadien, s'il est suffisamment approprié pour statuer, ne devrait pas se déclarer incompétent, même en présence d'une juridiction plus appropriée.

⁶⁷⁸ Règlement (CE)44/2001 du Conseil des Communautés européennes du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L12, 13 janvier 2001.

Révisé, Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *JO L* 351 du 20.12.2012, p. 1-32 ; modifié par le règlement (UE) n° 542/2014 "en ce qui concerne les règles à appliquer relatives à la Juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux", *JO L* 163 du 29.05.2014, p. 1-4

⁶⁷⁹ Loi codifiée sous la référence 28 USC § 1350.

nationales ou d'un traité signé par les États-Unis"⁶⁸⁰. Cette loi peut servir de fondement juridique à un recours en responsabilité civile devant les cours américaines d'un étranger contre une personne privée étrangère pour des faits commis à l'étranger⁶⁸¹. L'action doit porter sur des violations alléguées des normes internationales coutumières ou autres desquelles les États-Unis sont signataires. Cette loi de compétence quasi-universelle est à ce jour une des plus abouties et des plus protectrices pour les victimes d'entreprises transnationales.

Cette ancienne loi rarement appliquée, et jamais afin de protéger des droits de l'Homme, a été utilisée par l'arrêt de la cour d'appel des États-Unis pour le second circuit de *Filartiga c. Pena-Irala*⁶⁸², en 1980, s'agissant des violations commises par un agent public. Par la suite, le champ d'application de la loi a été étendu par l'arrêt *Kadic c. Karadzic*⁶⁸³ portant sur les violations commises durant la guerre civile en Bosnie-Herzégovine. La cour d'appel pour le second circuit s'estime compétente pour statuer sur la réparation des actes de viol, torture, génocide et autres violations graves du droit international humanitaire commises par une personne physique agissant en dehors de toute qualité officielle⁶⁸⁴.

Cependant, l'invocation des violations des droits de l'Homme⁶⁸⁵ sur le fondement de cette loi contre une personne morale n'est pas évidente et reste toujours incertaine. La Cour suprême, dans son arrêt *Sosa c. Alvarez-Machain*⁶⁸⁶ confirme la recevabilité d'un recours intenté contre un acteur privé. La cour examine si la violation d'une norme internationale peut s'étendre aux

⁶⁸⁰ Cf. <<https://www.globalpolicy.org/international-justice/alien-tort-claims-act-6-30.html>>

⁶⁸¹ I. MOULIER, «Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales,» *Annuaire français de droit international*, volume 49, 2003. pp. 129-164;

⁶⁸² United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Filartiga v. Pena-Irala* - 630 F.2d 876 (1980)

⁶⁸³ United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (1995), responsabilité des personnes physiques, en lien avec la loi ou un gouvernement.

⁶⁸⁴ Cette affaire est particulière en ce qu'il s'agit du droit international humanitaire, et de part son rapport à la qualité de la personne, ainsi qu'à son rapport étroit avec le gouvernement local. En espèce, Radovan Karadžić a été le président de la République serbe de Bosnie durant la guerre en Bosnie.

⁶⁸⁵ Il faut noter que l'ATCA s'applique aux normes du droit international coutumier, donc en ce qui concerne les droits de l'Homme, seules les allégations des violences portant sur l'interdiction de l'esclavage, la torture, le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, etc. seraient recevables.

⁶⁸⁶ US Supreme Court, *Sosa v. Alvarez-Machain* 542 US 692 (2004)

défendeurs des personnes privées morales ou physiques. Dans son mémoire d'*amicus curiae* la Commission européenne⁶⁸⁷ soutenait une limitation de la portée de la loi, dans le but d'empêcher que la juridiction américaine ne se transforme "en « *justicier* » universel des maux de la planète"⁶⁸⁸. D'un autre côté, dans son opinion individuelle le juge Breyer se prononce en faveur de l'application de l'ATCA aux entreprises multinationales⁶⁸⁹.

2) Le Règlement Bruxelles I bis

Le Règlement Bruxelles I, révisé (ci-après Bruxelles I bis)⁶⁹⁰ porte sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Il représente le principal instrument fondant la compétence des juridictions des États membres de l'Union européenne quant aux recours sur la responsabilité civile des STN pour des violations des droits de l'Homme commises hors du territoire de l'Union. Cette compétence s'étend à toute entreprise localisée ou domiciliée⁶⁹¹ dans un des États membres⁶⁹². En ce sens, dès lors que la société mère est localisée dans une des pays membres, une personne étrangère victime des violations des droits de l'Homme peut engager la responsabilité de celle-ci devant une juridiction de cet État membre⁶⁹³.

⁶⁸⁷ European Commission, Brief of Amicus Curiae the European Commission in support of neither party on writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in the Supreme Court of the United States, Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain, 23 janvier 2004.

⁶⁸⁸ I. MOULIER, «Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales», op.cit. p.163

⁶⁸⁹ R.A. TYZ, «Searching for a corporate liability standard under the *alien tort claims act* in *Doe v. Unocal* », *Oregon Law Review*, 82, summer 2003, p. 565

⁶⁹⁰ *Supra*, note 677

⁶⁹¹ La domiciliation est considérée comme le lieu de leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement.

⁶⁹² A contrario, si la STN n'est pas localisée dans un des États membres, selon l'article 6§1 du Règlement Bruxelles I, le droit interne de chaque État membre détermine de manière spécifique la compétence de sa juridiction. L'article dispose que "Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre, sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23."

⁶⁹³ L'article 4§1 du Règlement Bruxelles I bis dispose que : "Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre."

Cependant, et d'une manière générale, les « *class action* » ne sont pas reconnues de manière systématique en Europe ⁶⁹⁴. Le recours est presque exclusivement ouvert à la seule victime alléguée ou ses ayants droits.

⁶⁹⁴ L'action collective peut être prévue de manière spécifique et limitative par les législations nationales. A titre d'exemple, dans le droit français, l'action collective est prévue à l'article 2-4 du Code de procédure pénale français.

B. Les progrès jurisprudentiels accomplis pour la sécurisation du recours

La portée et l'étendu de l'ATCA a subi de multiples évolutions jurisprudentielles dans le but de circonscrire sa portée (1). D'un autre côté, d'autres juridictions nationales élargissent leurs compétences afin de garantir les poursuites contre des STN (2).

1) La circonscription de la portée de l'ATCA

Afin de faire obstruction à une compétence universelle, la portée de l'ATCA est d'une part restée indéterminée et imprécise et, d'autre part, a fait l'objet de plusieurs tentatives visant à limiter son champ d'application.

Les affaires *Roe I c. Unocal*⁶⁹⁵ et *Doe v. Unocal* (2002)⁶⁹⁶ sont très importantes dans le cadre du contentieux sur les violations des droits de l'Homme commises par, ou en complicité avec les STN. En espèce, Unocal est une entreprise transnationale pétrolière accusée de complicité pour travail forcé, viols et meurtres commis contre des paysans birmans par des soldats birmans engagés par cette même entreprise pour assurer la sécurité de la construction d'un oléoduc au sud de la Birmanie. Ces arrêts représentent un précédent juridique très important établissant que les sociétés américaines, comme les particuliers, peuvent être poursuivies en vertu de l'ATCA pour complicité dans des violations flagrantes des droits de l'Homme.

⁶⁹⁵ National Coalition Government of the Union of Burma and Federation of Trade Union of Burma v. Unocal, Inc. (Roe I) 176 F.R.D.329, 334 (C.D. Cal. 1997)

L'affaire Roe I est la première plainte déposée par la Fédération syndicale de Birmanie, la Coalition nationale du gouvernement de l'Union birmane et 4 villageois birmans en septembre 1996 contre Total, Unocal et MOGE. Les requérants alléguent les motifs du travail forcé et d'atteinte au droit de propriété, lors de la construction du gazoduc de Yadana en Birmanie.

⁶⁹⁶ *Doe v. Unocal*, 2002 U.S. App. LEXIS 19263 (9th Cir. Cal. 2002)

En espèce, l'affaire Doe v Unocal est la seconde plainte déposée en octobre 1996, contre le consortium d'entreprises pétrolières, composé d'Unocal, de Total, de la MOGE et du SLORC par les victimes birmans.

Cependant, comme les parties ont conclu un règlement à l'amiable, la norme appropriée pour déterminer la responsabilité civile n'a jamais été déterminée de façon concluante⁶⁹⁷.

Depuis, il y eut plusieurs autres affaires relatives à la responsabilité des entreprises en cas des violations des droits de l'Homme. L'affaire *Wiwa c. Royal Dutch Shell*⁶⁹⁸ a étendu la responsabilité des entreprises en vertu de l'ATCA aux sociétés étrangères si elles maintenaient "des liens systématiques et continus avec les États-Unis"⁶⁹⁹. Les parties à l'affaire ont aussi conclu un règlement à l'amiable, ce qui a causé une importante lacune dans ce système prometteur. À ce propos, deux Sénateurs américains ont introduit une réforme législative nommée *Harkin-Engel Protocole*. La réforme législative s'est transformée en initiative internationale volontaire. Depuis 2001, de nombreuses entreprises se sont engagées à honorer un système de certification de leurs fournisseurs en assurant le respect des droits fondamentaux liés au travail, notamment l'interdiction du travail des enfants.

La portée de l'*Alien Tort Statute* a cependant été réduite lors du refus récent de la Cour suprême des États-Unis d'établir la responsabilité de la *Royal Dutch Petroleum Corp.* pour les dommages causés au peuple Ogoni au Nigéria⁷⁰⁰. L'arrêt confirme la position de la Cour d'appel jugeant irrecevable l'action civile de plaignants nigériens reposant sur l'*Alien Tort Claim Act* (ATCA).

La cour suprême s'est fondée sur le principe doctrinal de présomption contre l'extraterritorialité pour préciser le champ d'application de l'ATCA en considérant que cette loi

⁶⁹⁷ En l'absence de décision, le juge saisi n'a pas pu se prononcer sur le mémoire d'*amicus curiae* déposé par le gouvernement des États-Unis, selon lequel, "ni l'ATCA, ni d'ailleurs les normes de droit international insérées dans des traités que les États-Unis n'ont pas ratifiés ou qui sont non self-executing et dans des résolutions des Nations unies non contraignantes, ne permettent de fonder un droit d'ester en justice devant les juridictions fédérales (cause of action)". De plus, le mémoire soutient que même si la loi devait reconnaître le droit d'ester en justice, il devrait y avoir une forte limitation de son champ d'application aux seuls actes commis sur le sol américain.

Rapport FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'Homme : Un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs*, version actualisée de 2012, p 192

⁶⁹⁸ United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000), cert. denied, 532 U.S. 941 (2001).

⁶⁹⁹ United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226, *op.cit.*, opinion juge LEVAL, Nos. 99-7223, 99-7245. Considérant 3

⁷⁰⁰ United States Court of Appeals for the Third Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F (3d) 111; Cour Suprême des États-Unis, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013), 17 avril 2013

Pour rappel, l'entreprise néerlandaise Shell ainsi qu'une filiale nigérienne étaient accusées d'avoir aidé et encouragé des crimes contre l'humanité, tortures et exécutions arbitraires commis par l'armée nigérienne contre des villageois de la région d'Ogoni afin d'assurer la protection de leur forage pétrolier au Nigeria. Cf Introduction pp. 7-8

n'a pas en principe à s'appliquer aux actes commis en dehors du territoire des États-Unis. Le fondement de ce principe est politique. Juger de manière croissante des faits commis à l'étranger sur le fondement de l'ATCA pourrait aboutir à des tensions diplomatiques entre les États-Unis et d'autres États. Si cet arrêt réduit considérablement le champ de l'*Alien Tort Statute*, la Cour prévoit que la présomption contre l'extraterritorialité puisse être écartée lorsque des « liens étroits » sont constatés entre le litige et les États-Unis. Ainsi une société pourrait voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'ATCA pour ses activités à l'étranger dès lors que la présence de son siège social sur le sol américain suffit à caractériser un lien suffisamment étroit avec les États-Unis.

Enfin, aucune affaire visant la responsabilité d'une entreprise multinationale pour violation des droits de l'Homme n'a encore été clôturée de manière à déterminer précisément l'étendue et la portée de l'ATCA. L'utilisation de celle-ci par les juridictions américaines s'avère aléatoire, et la conclusion des accords à l'amiable politiquement opportune.

2) Les progrès en dehors des États-Unis

Nous pouvons mentionner deux cas illustrant les progrès jurisprudentiels accomplis. Premièrement il s'agit de l'affaire *Chandler c. Cape*⁷⁰¹ qui est une décision de la Cour d'appel d'Angleterre, portant sur la possibilité de poursuivre la société mère pour dommages et intérêts pour un délit commis par une société fille, plus précisément dans le cas où la victime a subi un accident du travail lors de son emploi dans une filiale.

Deuxièmement, dans l'affaire *Vedanta Resources*⁷⁰² la Cour suprême du Royaume-Uni a accordé le droit à des villageois zambiens de poursuivre devant les tribunaux britanniques un des plus grands groupes miniers basés à Londres. L'entreprise et sa filiale zambienne, Konkola Copper Mines (KCM), ont été accusées en 2015 d'avoir pollué les terres de ces habitants et l'eau de la rivière où ils s'approvisionnaient, situées à proximité d'une des mines de cuivre exploitées à la frontière avec la République démocratique du Congo. Le requérant avait alors fait appel de la

⁷⁰¹ Court of Appeal of England and Wales, *Chandler v Cape plc*, [2011] EWHC 951 (QB); [2012] EWCA Civ 525

⁷⁰² United Kingdom Supreme Court, *Lungowe v Vedanta Resources plc*, [2019] UKSC 20

décision d'un tribunal qui avait jugé que l'affaire pouvait être entendue à Londres. L'entreprise estimait que le juge compétant était celui zambien. La Cour suprême, dans un arrêt sur sa compétence, en a décidé autrement, soulignant les difficultés que les plaignants risquaient de rencontrer dans leur propre pays pour faire valoir leurs droits.

CONCLUSION

Nous avons vu que le droit international, qu'il soit public⁷⁰³ ou économique⁷⁰⁴, n'est pas en mesure dans l'état actuel d'offrir une voie simple et efficace pour responsabiliser les entreprises transnationales par ses sources et structures classiques. Ainsi, les États et les ordres juridiques internes⁷⁰⁵ ne sont pas non plus capables de faire face individuellement à ces organismes puissants et multinationaux⁷⁰⁶.

Toutefois, au fil de notre recherche, de nombreuses solutions se sont présentées, certes éparpillées dans le vaste espace juridique⁷⁰⁷ et avec un impact limité n'affectant que certaines dimensions de l'énormité que présentent les activités des STN minières⁷⁰⁸. Ces solutions prometteuses sont existantes⁷⁰⁹ et prospectives⁷¹⁰. Certaines sont déjà exploitées par les nombreux acteurs affectés par les STN ou interagissant avec celles-ci. En dehors des référentiels proposés de manière idéaliste mais insuffisante par les organisation internationales⁷¹¹,

⁷⁰³ *Supra*, Section 1. sur le cadre juridique ne reconnaissant pas les STN comme sujet de droit international, Chapitre 1, Partie I, pp. 21-36

⁷⁰⁴ *Supra*, Section 2. sur les domaines juridiques adjacents protecteurs des STN : le droit international économique, Chapitre 1, Partie I, pp.36-53

⁷⁰⁵ *Supra*

⁷⁰⁶ *Supra*, Introduction, note 8

⁷⁰⁷ International, transnational, régional, national ou au niveau de la communauté locale.

⁷⁰⁸ En absence d'un corpus de règles s'imposant aux STN, à toute la STN et dans toutes ses activités, régissant leurs traitement des droits de l'Homme, ainsi qu'en absence de régime de responsabilité internationale, chaque tentative et chaque solution n'affecte qu'une dimension ou qu'une filiale, implantée dans un pays ou une collectivité locale. Ceci s'illustre dans notre plan, ayant analysé les multiples méthodes (et multiples sphères juridiques dont ces méthodes émanent) contractuelle, normative, contentieuse.

⁷⁰⁹ *Supra*, Partie II, en particulier Paragraphe 1 L'étude des instruments classiques, de la Section 2. pp. 119-131

⁷¹⁰ *Supra*, Partie II, en particulier Paragraphe 2. Les instruments nouveaux et prospectifs pour la défense des États face aux STN, de la Section 2. pp. 132-142

⁷¹¹ P.ex. Le Pacte mondial, lancé en 1999 au Forum de Davos par l'ancien Secrétaire Général de l'ONU M. Kofi Annan; ou les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) de 2011, OCDE (2011), Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE; ou bien le Rapport de Ruggie, Conseil des droits de l'Homme, *Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme*, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, 07 avril 2008, A/HRC/8/5, pp. 24 et s.

Supra, A. sur l'étude des instruments internationaux, Paragraphe 1. sur l'absence de reconnaissance d'obligations envers les STN, Section 1, Chapitre 1, Partie I pp.21-26

organisations de la société civile ou non-gouvernementales⁷¹², nous nous sommes focalisés sur les solutions d'acteurs tels que des États de l'Afrique de l'Ouest, des organisations économiques régionales⁷¹³ des communautés locales et des populations autochtones⁷¹⁴, ainsi que de la société civile soutenant les victimes⁷¹⁵.

Certaines solutions, certes déjà existantes, méritent, voire nécessitent un soutien et un renforcement particulier.

En premier lieu, ce qui semble prioritaire serait la réaffirmation de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles⁷¹⁶. En effet, les garanties de ce principe existent depuis longtemps⁷¹⁷, toutefois elles étaient largement insuffisantes et ineffectives pour protéger les États d'Afrique, tout comme les autres pays du Sud, de l'omnipotence des STN. La réaffirmation de la position étatique par rapport à ses ressources, est la pierre angulaire de la valorisation des intérêts publics, donc de la protection des travailleurs et des populations locales, dans le cadre des investissements guidés essentiellement par l'idéal capitaliste.

Malgré les multiples obstacles, des traces subtiles d'un mouvement de renforcement de la position de la partie étatique apparaissent. Tout d'abord, au niveau législatif et réglementaire, dans les codes d'investissement, ou les codes miniers sont introduites des dispositions moins incitatives, moins accommodantes des seuls besoins et intérêts des STN⁷¹⁸. Dès lors ces codes deviennent moins laxistes par rapport à la protection des droits de l'Homme ou de l'environnement. Une avancée importante vers le rééquilibrage des forces apparaît clairement au niveau régional. Le Code panafricain des investissements, « *instrument d'inspiration* »⁷¹⁹ s'inscrit

⁷¹² P.ex. Les normes ISO, en particulier la norme ISO 26000; *Supra*, note 13.

⁷¹³ *Supra*, Paragraphe 2. sur les normes contraignantes visant les États-Hôte ayant un effet indirecte sur les STN, Section 1, Chapitre 2. Partie II p.

⁷¹⁴ *Supra*, Paragraphe 2. sur la réaffirmation de la communauté face aux STN, Section 1, Chapitre 1, Partie II pp. 106-117

⁷¹⁵ *Supra*, Paragraphe 1. L'accès des victimes au recours, Section 2, Chapitre 2, Partie I, pp. 81-90

⁷¹⁶ Nous avons analysé la souveraineté populaire sur ses ressources naturelles, qui ayant plusieurs facettes pourrait fonder le principe de la souveraineté de l'État, représentant de ce peuple, face aux STN. *Supra*, note 418

⁷¹⁷ *Ibid.*

⁷¹⁸ *Supra*, B. sur l'apparition progressive des obligations des investisseurs étrangers, Section 2, Chapitre 1. Partie I, pp. 50-53

⁷¹⁹ *Supra*, 1) sur le Code panafricain des investissements, Paragraphe 2 Section 1, Chapitre 2, Partie II, pp. 152-159

dans cette logique, mais il reste une tentative prometteuse, pour le moment non exploitée de manière effective. Les Codes miniers régionaux⁷²⁰, étant des instruments contraignants de valeur Supra,-nationales, pourraient compenser l'échec ou le retard de l'effectivité du Code panafricain. En anticipation du résultat de la réforme du code minier de l'UEMOA⁷²¹, la Directive de la CEDEAO⁷²² octroie une place importante à l'intérêt public⁷²³ et donc représente un outil fondamental dans le domaine extractif en Afrique de l'Ouest.

En second lieu, la réformation du rôle de la communauté locale ainsi que de sa souveraineté sur leurs terres et leurs ressources primaires est tout aussi primordiale⁷²⁴. Ces populations sont les plus touchées par les activités des entreprises extractives⁷²⁵. D'un autre côté, leur inclusion sert tout aussi pour améliorer le traitement général des membres de la communauté, ainsi que des travailleurs dans les mines. Les instruments tels que les ERA entre les populations locales et autochtones peuvent rendre les partenariats plus réciproques et équilibrés, plus enrichissants et respectifs des intérêts des deux parties.

Certaines mesures proactives sont mises en place par les STN elles-mêmes, comme des codes de conduite⁷²⁶, ayant un effet de moindre ampleur, ou bien des politiques de responsabilité sociétale des entreprises (RSE)⁷²⁷. À cette nouvelle vague se sont ralliés certains pays

⁷²⁰ *Supra*, 2) sur les normes communautaires dans l'Afrique de l'Ouest, Paragraphe 2 Section 1, Chapitre 2, Partie II, pp. 160-163

⁷²¹ *Supra*, p. 162

⁷²² La Directive sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier de la CEDEAO; *supra*, p.160

⁷²³ *Supra*, note 631

⁷²⁴ L'article 21 de la Charte africaine confirme le fondement juridique de l'implication communautaire, reprenant le principe de la souveraineté populaire sur leurs terres et ressources naturelles. Ici, il était question de l'exercice de cette souveraineté par les organes administratifs et politiques des collectivités, les représentants locaux.

⁷²⁵ *Supra*, B. sur l'importance et les enjeux inhérents du secteur minier en Afrique, Paragraphe 2, Section 1, Chapitre 2, Partie I, p.

Comme le démontre de nombreuses affaires : Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, *affaire Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, *op.cit.* note 2; National Coalition Government of the Union of Burma and Federation of Trade Union of Burma v. Unocal, Inc. (Roe I) *op.cit.* note 693; *Doe v. Unocal*, 2002 U.S. App. LEXIS 19263, *op.cit.* note 694

⁷²⁶ *Supra*, p. 21

⁷²⁷ *Supra*, p. 9

occidentaux qui encadre les activités des STN par leur pouvoirs normatifs⁷²⁸. Toutefois, agissant de manière incertaine et particulièrement prudente, les innovations sont dès-lors limitées et aléatoires.

L'incertitude de la valeur juridique et le caractère non-contraignant des instruments internationaux est exploité et instrumentalisé par les STN qui, en absence de responsabilité internationale, se trouvent quasi-amnistiées. Cependant différents procédés juridiques démontrent clairement que malgré cette impression initiale, ces mêmes instruments peuvent être durcis et leur influence et effet rendues plus visibles et concrètes⁷²⁹.

De plus, d'autres solutions novatrices pourront être recherchées parmi les moyens et méthodes juridiques existants et par la suite adaptées à la responsabilisation des STN⁷³⁰, tels que les formes contractuelles empruntées à d'autres régimes⁷³¹ ou domaines juridiques⁷³² rééquilibrant l'économie et l'ensemble du contrat. D'autres moyens permettent la protection de la partie étatique tout en respectant les intérêts de l'investisseur, tel que la demande reconventionnelle⁷³³ dans le cadre de la procédure arbitrale, ou bien l'interprétation plus restrictive des immunités de l'État⁷³⁴, donc plus protectrice de ce dernier, sans pour autant nuire au droit du créancier à l'exécution de la sentence.

Nous voyons se dessiner dans la brume de nouvelles théories juridiques, le droit transnational⁷³⁵ et le droit administratif global⁷³⁶, qui peuvent apparaître particulièrement adaptés

⁷²⁸ *Supra*, A. sur l'aperçu général de la législation nationale relative à la responsabilité des entreprises, Paragraphe 1, Section 2, Chapitre 2, Partie II, pp. 164-166

⁷²⁹ *Supra*, Section 1. sur l'accroissement de l'effectivité des normes supranationales, Chapitre 2, Partie II, pp.143-163

⁷³⁰ *Supra*, Section 1. sur le renforcement juridique et contractuelle face aux STN, Chapitre 1, Partie II, p.

⁷³¹ P.ex. la joint-venture empruntée du régime anglophone. *Supra*, p.

⁷³² P.ex. le contrat de partage de production emprunté du domaine pétrolier. *Supra*, p.

⁷³³ *Supra*, A. sur L'utilisation de la demande reconventionnelle, Paragraphe 2, Section 2, Chapitre 1, Partie II p.

⁷³⁴ *Supra*, C. sur l'utilisation de l'exécution des jugements des Tribunaux arbitraux, Paragraphe 1, Section 2, Chapitre 1, Partie II pp. 125-131

⁷³⁵ G. Lhuilier, Le droit transnational, *Dalloz*, 2016, pp.6-7 *op.cit.* note 195

⁷³⁶ L. HENNEBEL, chapitre "Le droit administratif global", *Théories du droit global*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2013; *op.cit.* note 547

Supra, B. sur la restructuration des rapports entre États et STN par le droit administratif global, Paragraphe 2, Section 2, Chapitre 1, Partie II p

à la responsabilisation des STN. Ils apparaissent comme des perspectives utiles dans la restructuration des rapports entre États et STN, et permettent de faciliter la poursuite de ces dernières par les acteurs de la sphère transnationale, comme la société civile⁷³⁷. Toutefois, cette nouvelle plateforme multinationale s'avère aussi opportune pour être instrumentalisée par les STN, leur permettant de conquérir de nouveaux espaces juridiques et y assoir leur pouvoir⁷³⁸.

Enfin, il semble que, l'ère de l'impunité des STN pourrait tout de même voir une véritable fin. Même si “*dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme, nous n'en sommes qu'à la fin du début*”, comme l'a souligné à juste titre John G. Ruggie, “[i]l reste encore beaucoup à faire”⁷³⁹.

⁷³⁷ K. BENYEKHFLEF, «Une introduction au droit global», *op.cit.* note 212

⁷³⁸ Premièrement, le droit global est structuré et organisé par les entités les plus fortes ou ayant une présence importante sur la scène globale, et parmi celles-ci, les plus influentes appartiennent à la catégorie des STN des pays développés. Ainsi, le droit transnational a tendance à soustraire le rôle et la place occupée par l'État, laissant la place aux développement des STN. *Supra*, p.

⁷³⁹ Interview de John G. Ruggie, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Volume 94 Sélection française 2012/3, p. 615

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

Ouvrages juridiques

AKAPKO (M.K.), *La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA*, L'Harmattan, 2017

AL-SANHOURY (A.A.), *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Paris, Marcel Giard, 1925

ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, Puf, 4e édition, 2017

ASCENSIO (H.), «Soft Law: cinquante nuances de gris, *Dictionnaire des idées reçues en droit international*», Paris, Pedone, 2017

BARSAC (T.), *La Cour africaine de justice et des droits de l'Homme*, Perspectives internationales n°32, Éditions Pedone, 2012

BEAUCHARD (R.), ALBERTIN (S.) (coll.), *L'assujettissement des Nations – Controverses autour du règlement des différends entre États et investisseurs*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2017

BOLTANSKI (L.), CHIAPELLO (E.), *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris: Gallimard, 1999.

BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, Paris, A. Collin, 1896

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 9e édition mise à jour 2011, Puf

FIDLER (C.), HITCH (M.), *Impact and benefit agreements: A contentious issue for environmental and aboriginal justice*, *Environments Journal* 35 (2), 49–69, 2007

KOLB (R.), *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013

LHUILIER (G.), *Le droit transnational*, Dalloz, 2016

LOCHAK (D.), *Réflexion sur un infra-droit*, *Droit social*, Editions techniques et économiques, 1976

MAIKASSOUMA (R.I.), *La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuple, un organe de contrôle au service de la Charte africaine*, Karthala, 2013

MÀNCIAUX (S.), *Investissements étrangers et arbitrages entre États et ressortissants d'autres États, trente années d'activité du CIRDI*, Dijon, Litec/CREDIMI, 2004

MARTIN (A.), *L'estoppel en droit international public*, Pedone, Paris, 1979

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz, 2006, 24e édition,

SZABLOWSKI (D.), *Transnational Law and Local Struggles. Mining, Communities and the World Bank*, Hart Publishing, Oxford et Portland, 2007

VAŠÁK (K.), *Mélanges Pictet*, 1977

ZOGNING (F.), MBAYE (A.A.), ET UM-NGOUEM (M.-T) (dir.), *L'Économie informelle, l'entrepreneuriat et l'emploi*, Québec, JFD, 2017

Autres

DEZALAY (Y.), GARTH (B.G.), «La mondialisation des guerres de palais. La restructuration du pouvoir en Amérique latine», *Le Seuil*, Paris, 2002

KANT (I.), *Critique de la raison pratique*, Ak V, 73

MICHAËL (F.), *Kant ou les vertus de l'autonomie*, *Études*, 2011/3

TOBAR (H.), *Deep Down Dark: The Untold Stories of 33 Men Buried in a Chilean Mine, and the Miracle That Set Them Free*, Picador, 2014

CONTRIBUTION À UN OUVRAGE

BENYEKHFLEF (K.) (dir.), «Une introduction au droit global», in : *Vers un droit global*, Montréal, Éditions Thémis, 2016

CADET (I.), « Chapitre 2. La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une norme éthique ? », Le Goff (J.) (éd.), *Puissances de la norme. Défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains*, EMS Editions, 2017

COMBACAU (J.), « Chapitre VI : Les sujets internes en droit international », in: COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, LGDJ, 12e édition, 2016

DANIC (O.), « Chapitre 1. Le besoin d'un droit international des investissements », in: *L'émergence d'un droit international des investissements, Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, PELLET (A.) (dir.), Université Paris 10 Nanterre, 2012, pp. 57-138

FILER (C.), BURTON (J.), BANKS (G.), « The fragmentation of responsibilities in the Melanesian mining sector ». in: ALI (S.), O'FAIRCHEALLAIGH (C.) (Eds.), *Earth Matters. Indigenous peoples, the extractive industry and corporate social responsibility* Greenleaf Publishing, Sheffield, pp. 163–179, 2008

FOUCHARD (Ph.), « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in : *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? : Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris - Frison-Roche, 1999

HENNEBEL (L.), chapitre « Le droit administratif global », in *Théories du droit global*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2013

KOLB (R.), « Partie I. La bonne foi et les sources du droit international public – Section V. Bonne foi et estoppel », in: *La bonne foi en droit international public: Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Genève: Graduate Institute Publications, 2000

LATTY (F.), « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales: le gymkhana de la réaffirmation de l'État », in T. EL GHADBAN, C-M. MAZUY, A. SENEGACNIK (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État ?*, Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178

MANIRAKIZA (P.), « La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique ». in : *Criminologie*, 49 (2), 2016

MAZUYER (E.), « Pacte mondial des Nations Unies » in: POSTEL (N.) (ed.), SOBEL (R.), (ed.) *Dictionnaire critique de la RSE*. Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2013, pp. 337-340

MORIN (J.-Y.), Article 27 §2, in : KAMTO (M.)(dir.) *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, Collection de droit international, Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 2011, pp. 686-719

OUGUERGOUZ (F.), Chapitre V. Les droits des peuples, in *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Genève, Graduate Institute Publications, 1993

PELLET (A.), « Les raisons du développement du soft law en droit international: choix ou nécessité? », in DEUMIER (P.), SOREL (J.-M.) (eds.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2018, pp. 177-192

PELLET (A.), « Police Power or the State's Right to Regulate » in: KINNEAR (M.), FISCHER (G.R.), ALMEIDA (J.R.), TORRES (L. F.), URAN BIDEGAIN (M.), *Building International Investment Law – The First 50 Years of ICSID*, 2016, p. 447-462

ROUSSEAU (J.J.), « Huitième lettre, Lettres écrites de la montagne », in *Collection complète des œuvres*, Genève, 1780-1789

SALMON (J.), SUCHARITKUL (S.), « Les missions diplomatiques entre deux chaises : immunité diplomatique ou immunité d'État », In: *Annuaire français de droit international*, volume 33, 1987. pp. 163-194

VERGARA (A.), « Légiférer sur les maladies professionnelles au Chili au XX^e siècle : les mineurs du cuivre entre l'État et le patronat » In: *Santé et travail à la mine: dix-neuvième-vingtième siècle*, Villeneuve d'Ascq: Presses universitaires du Septentrion, 2014

ARTICLES

ALAYA (M.), Nicet-Chenaf, E. Rougier: « À quelles conditions les IDE stimulent-ils la croissance ? IDE, croissance et catalyseurs dans les pays méditerranéens », *Mondes en développement* 2009/4 n° 148, pp.119 - 138

ALLAND (D.), FLEURY GRAFF (T.), « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Revue critique de droit international privé*, vol. 1, n°1, 2016, pp, 1-19

BOHBOT (J.), « L'orpaillage au Burkina Faso : une aubaine économique pour les populations, aux conséquences sociales et environnementales mal maîtrisées », *EchoGéo*, 2017

CAMPBELL (B.), LAFORCE (M.), « La réforme des cadres réglementaires dans le secteur minier : les expériences canadienne et africaine mises en perspective ». *Recherches amérindiennes au Québec*, 40 (3), 2010, pp. 69–84

CAMPBELL (B.)(dir.), « Enjeux des nouvelles réglementations minières en Afrique », Document de recherche 3, *Nordic Africa Institute*, Uppsala (Suède), 2004

CARON (D.D.), « La protection de la couche d'ozone stratosphérique et la structure de l'activité normative internationale en matière d'environnement », *AFDI*, 1990, pp. 704-726

CAUBET (C.G.), « Le Traité de coopération amazonienne : régionalisation et développement de l'Amazonie », *AFDI*, 1984, pp. 803-818

CRAWFORD (J.), « Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility », *ICSID Rev.*, vol. 25, n° 1, 2010

DALUPAN (C.G.), *Community Agreements and Mining: A New Frontier for Social Impact Investments*, A RTC Impact Fund and One Earth Future Discussion Paper, décembre 2015

DEZALAY (Y.), « Les courtiers de l'international. Héritiers cosmopolites, mercenaires de l'impérialisme et missionnaires de l'universel », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 151-152, no. 1, 2004

DOLZER (R.) et BLOCH (F.), « Indirect expropriation : conceptual realignments », *International Law FORUM du droit international*, 2003, n° 3

DUFOUR (G.), VINCENT (P.), « L'OMC et les pays en développement », *Revue Québécoise de droit international*, vol. 25-1, 2012. pp. 193-197

EL BOUDOUHI (S.), « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire français de droit international*, volume 51, 2005, pp. 542-563

GAILLARD (E.), « L'arbitrage sur le fondement de traités de protection des investissements », *Rev. arb.*, 2003, pp. 858-859

GALBRAITH (L.), BRADSHAW (B.)et RUTHERFORD (M.B.), « Towards a new supraregulatory approach to environmental assessment in Northern Canada ». *Impact Assessment and Project Appraisal* 25(1) : 27-41, 2007

GARCIA-BOLIVAR (O.E.), « Définir un investissement au titre du CIRDI – Pourquoi le développement économique devrait être l'élément essentiel? » *Investment Treaty News Quarterly*, 2 (3), 3-6, 2012

GILLES (S.), « L'orpaillage face à l'arrivée des industries minières aurifères : cas du Burkina Faso », *L'évaluation environnementale pour une gestion durable des ressources minières, énergétiques et biologiques*, 17e Colloque international en évaluation environnementale, Montréal 2012

JANOFF-BULMAN (R.), SHEIKH (S.), ET HEPP (S.), « Proscriptive Versus Prescriptive Morality: Two Faces of Moral Regulation », *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 96, n° 3

KINGSBURY (B.), KRISCH (N.), ET STEWART (R.B.), « L'émergence du droit administratif global », *Revue internationale de droit économique*, vol. (t. xxvii), n°1, 2013

KISS (A.C.), « Les traités-cadre : une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement », *AFDI*, volume 39, 1993. pp. 792-797

LAPOINTE (U.), « De la ruée vers l'or californienne au Québec minier contemporain : Le système du free mining et le pouvoir des communautés locales ». *International Symposium of the Commission on the Cultural Approach in Geography*, 2008a, Université Laval, Québec

LATTY (F.), « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire français de droit international*, volume 56, 2010. pp. 607-654

LE MEUR (P.Y.), HOROWITZ (L.S.), MENNESSON (T.), « "Horizontal" and "vertical" diffusion : the cumulative influence of Impact and Benefit Agreements (IBAs) on mining policy-production in New Caledonia », *Research Policy*, 38 (4), 648-656. ISSN 0301-4207, 2013

M'BAYE (K.), « Le concept africain des droits de l'homme », *Bulletin africain des droits de l'Homme*, 6:3, 1996

MARTIN-CHENUT (K.), «Droits de l'Homme et responsabilité des entreprises : les 'Principes Directeurs des Nations Unies' », *Responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales*, 2013

MICHALET (C.-A.), « L'évolution de la législation sur les investissements directs étrangers et la dynamique de la mondialisation », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Dijon*, vol. 20, 2000

MOULIER (I.), « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », *Annuaire français de droit international*, volume 49, 2003, pp. 129-164

NOUVEL(Y.), « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *RGDIP*, 2002

ODUSOLA (A.), « Mettre fin au paradoxe de l'investissement direct étranger en Afrique », *La Revue Afrique renouveau*, la section Afrique du Département de l'information de l'ONU

OUEDRAOGO (A.), « Standard et standardisation : la normativité variable en droit international », *Revue Québécoise de droit international*, volume 26-1, 2013. pp. 155-186

PETIT (B.), « Les libertés instrumentalisées ? Retour sur les rapports complexes entre Droits de l'Homme et multinationales », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017 n°25

QURESHY (S.), « Landlords and Political Traps: How Mineral Exploration Companies Seek Access to First Nation Territory », *The Norman Paterson School of International Affairs*, Carleton University, Ottawa, 2006

RATIER (A.), « Loi sur le devoir de vigilance des multinationales : vers un changement de paradigme pour la RSE », *UN Global Compact*

SERRURIER (E.), « Le code panafricain des investissements - Modèle imparfait d'un droit international économique au service du développement durable », *Revue africaine de responsabilité sociale et management durable*, volume 1, 2019

SIBIDE (O.O.), « Réalités africaines et enjeux pour le droit du travail », *Afrilex, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique*, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2000

SOSA (I.) et KEENAN (K.), « Impact Benefit Agreements Between Aboriginal Communities and Mining Companies: Their Use in Canada », *Association canadienne du droit de l'environnement*, octobre 2001, pp. 9-19

TAO (Y.), YUAN (Y.), LI (M.), « Chinese special economic zones: Lessons for Africa », in *Africa Economic Brief*, Vol. 7, No. 6, 2016, pp. 1–16

TCHOTOURIAN (I.), DESHAYE (V.), MAC FARLANE-DROUIN (R.), « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires ? » *Les Cahiers de droit*, volume 57, numéro 4, décembre 2016, pp. 635–683

TYZ (R.A.), « Searching for a corporate liability standard under the *alien tort claims act* in *Doe v. Unocal* », *Oregon Law Review*, 82, summer 2003

VAŠÁK (K.), « Le droit international des droits de l'homme », contribution au II Colloque de Besançon

VAŠÁK (K.) « Les droits de l'homme en France en 1970-71-La France devant la discrimination raciale », 9-10-11 décembre 1971, *Revue des Droits de l'Homme*, Vol. V-1, 1972

VINUALES (J.E.), « Human Rights and Investment Arbitration: the Role of Amici », *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 8, 2006

WEIL (P.), « Vers. une normativité relative en droit international ? » *R.G.D.I.P.*, 1982, n°1, pp. 5-47

YAGER (T. R.), « The Mineral Industry of South Africa of Congo », Kinshasa, 2012 *Minerals Yearbook, Geological Survey and Africa Panel Progress*, Washington DC, 2013

TEXTES JURIDIQUES

TEXTES JURIDIQUES NATIONAUX DES PAYS AFRICAINS

Burkina Faso, Loi n° 0362015/CNT portant Code minier, JO n °44 du 29 octobre 2015

Burkina Faso, 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

République du Burundi, Décret-loi n° 1/138 du 17 juillet 1976 portant Code minier et pétrolier

République de Mali, Loi n° 92-020 du 23 septembre 1992 portant Code du travail

République de Sénégal, Loi n°1997-17 du 1er décembre 1997 portant Code du travail

République de Guinée, Loi L/2011/006/CNT, 9 septembre 2011 portant Code minier

République Togolaise, Loi n°2012-01 du 20 janvier 2012 portant Code des Investissements

République de Mali, Loi N° 2012-016 du 27 février 2012 Portant Code des investissements

République de Niger, Loi n°2012-45 du 25 septembre 2012 portant Code du travail

République de Côte d’Ivoire, Loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier

République de Côte d’Ivoire, Loi n° 2015-532 du 20 juillet 2015 portant Code du travail

République de l’Afrique de Sud, loi n° 39514 du 15 décembre 2015, *Protection of Investment Act*, publiée par Gouvernement Gazette, 15 décembre 2015

République démocratique de Congo, loi n°2017-01 du 8 février 2017 fixant les règles applicables à la sous-traitance dans le secteur privé

République unie de Tanzanie, loi n° 5 du 2017, du 7 juillet 2017, sur la richesse et les ressources naturelles (Souveraineté permanente), publiée par Gazette of the United Republic of Tanzania n° 27, vol 98, 7 juillet 2017

République de Congo, Loi n°18/001 du 09 mars 2018 modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier

République de Guinée, Décret n° 2019-263, 7 septembre 2019, fixant les règles régissant le contenu local dans le cadre de la mise en œuvre des projets publics et privés

République de Côte d’Ivoire, Ordonnance N°2018-646 du 1er Août 2018, portant Code d’investissement

TEXTES JURIDIQUES NATIONAUX D’AUTRES PAYS

Commonwealth d’Australie Australie, Foreign States Immunities Act 1985

États-Unis, Alien Tort Claims act, 1789, codifiée sous 28 USC

Royaume de Belgique, Loi du 23 août 2015, instaurant le nouvel article 1412 du Code judiciaire;

République Française, Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre

République Française, Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises

République Française, Décret n° 2017-1265 du 9 août 2017 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises

CONVENTIONS ET TEXTES RÉGIONAUX

Conseil des Ministres de la CEDEAO, Directive sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier, C/Dir3/D5/D9, 27 mai 2009

Convention Européenne des droits de l'Homme

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

Règlement (CE) 44/2001 du Conseil des Communautés européennes du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L12, 13 janvier 2001

Règlement n° 18/2003/CM/UEMOA du 23 décembre 2003 portant adoption du Code Minier Communautaire de l'UEMOA

Règlement n° 1169/2011, dit INCO, du 25 octobre 2011, publié au JOUE le 22 novembre 2011

Révisé, Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), JO L 351 du 20 décembre 2012 ; modifié par le règlement (UE) n° 542/2014 "en ce qui concerne les règles à appliquer relatives à la Juridiction unifiée du brevet et à la Cour de justice Benelux", JO L 163 du 29 mai 2014

OHADA

OHADA, Acte uniforme du 30 janvier 2014 relatif aux droits des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique, adopté à Ouagadougou au Burkina Faso

OHADA, Acte Uniforme relatif à la médiation³ novembre 2017 à Conakry (Guinée), JO 15 décembre 2017, entrée en vigueur 15 mars 2018

OHADA, Règlement d'Arbitrage de la CCJA, 3 novembre 2017 à Conakry (Guinée), JO 15 décembre 2017, entrée en vigueur 15 mars 2018

OHADA, Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage, 23 novembre 2017 à Conakry (Guinée), JO 15 décembre 2017, entrée en vigueur 15 mars 2018

UA

Cour ADHP, Résolution sur la révision des critères d'octroi et de jouissance du statut d'observateur aux organisations non-gouvernementales s'occupant des droits de l'homme auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 5 mai 1999

OUA, Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples, dix-huitième conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine, le 18 juin 1981, à Nairobi, Kenya

UA, Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une cour africaine des droits de l'homme et des peuples, adopté le 10 juin 1998, entré en vigueur le 25 janvier 2004

CONVENTIONS ET TEXTES INTERNATIONAUX

Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, New York, 2 décembre 2004

CNUDCI, Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, New York, 2014

Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, Vienne, le 18 avril 1961. Entrée en vigueur le 24 avril 1964, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 500

Convention de Washington du 18 mars 1965 portant création du CIRDI, Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements, entrée en vigueur le 14 octobre 1966

OIT

BIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, Genève, 5ème édition, 2017

OIT, Constitution de l'OIT, Partie XIII du Traité de Paix de Versailles, 1919; L'instrument d'amendement de 1922, entré en vigueur le 4 juin 1934; l'Instrument d'amendement de 1945, entré en vigueur le 26 septembre 1946; l'Instrument d'amendement de 1946, entré en vigueur le 20 avril 1948; l'Instrument d'amendement de 1953, entré en vigueur le 20 mai 1954; l'Instrument d'amendement de 1962, entré en vigueur le 22 mai 1963, et l'Instrument d'amendement de 1972, entré en vigueur le 1er novembre 1974

OIT, Convention n° 176 sur la sécurité et la santé dans les mines, 1995, Genève, 82 session CIT, 22 juin 1995

OIT, Convention n°138 sur l'âge minimum de travail, 1973, Genève, 58ème session CIT, 26 juin 1973

OIT, Convention n°182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999, Genève, 87ème session CIT, 17 juin 1999

OIT, Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, San Francisco, 31ème session CIT, 09 juillet 1948

OIT, Déclaration centenaire pour l'avenir de travail, 2019, Genève, 108e session CIT, juin 2019

OIT, Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, Genève, 86ème Session CIT , 18 juin 1998, Annexe révisée le 15 juin 2010

ONU

AG de l'ONU , Résolution 48/134, A/RES/48/134, 4 mars 1994, 48e session

AG de l'ONU, Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, le 2 décembre 2004

AG de l'ONU, Programme d'action d'Addis-Abeba sur le financement du développement, AG/11663, 27 juillet 2015

AG de l'ONU, Résolution 1803 (XVII), 14 décembre 1962, sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles

AG de l'ONU, Résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 portant la Charte des droits et devoirs économiques des États

AG de l'ONU, Résolution 33/73, 15 décembre 1978

AG de l'ONU, Résolution 59/38, n° A/59/49, 59e session, Supplément n° 49

AG de l'ONU, Résolution A.G. 626 (VII) du 21 décembre 1952

AG de l'ONU, Résolution A.G. 626 (VII), 21 décembre 1952, sur le droit d'exploiter librement les richesses et ressources naturelles

AG de l'ONU, Résolution A/RES/217 (III), portant Déclaration universelle des droits de l'Homme

AG de l'ONU, Résolution A.G. 1803 (XVII)

Comité d'experts de l'ONU (Commission économique pour l'Afrique) et de l'Union africaine. 2016. *Projet de Code panafricain des investissements*. E/ECA/COE/35/18, AU/STC/FMEPI/EXP/18(II), 26 mars 2016

Conférence des Nations Unies, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 juin 1992

Conseil des droits de l'Homme, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, M. John Ruggie, 21 mars 2011, A/HRC/17/31

Conseil des droits de l'Homme, *Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme*, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie, 07 avril 2008, A/HRC/8/5, pp. 24 et s.

Conseil des droits de l'Homme, Résolution 26/9 Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme, A/HRC/RES/26/9, 14 juillet 2014

Conseil des droits de l'Homme, Résolution A/HRD/RES/17/4 du 6 juillet 2011

HCDH, Instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'Homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises, 16 juillet 2018

Rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 22 février 2006, E/CN.4/2006/97

Résolution de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2

AUTRES

Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO 26000, X30-026, 2010

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, (GATT de 1994), Accord du cycle Uruguay

CDI, Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, 53ème session, 2001

Conférence Générale de l'U.N.E.S.C.O., Déclaration sur la Race et les Préjugés Raciaux, 27 novembre 1978

OCDE, Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2000

OMC, Décision sur le traitement différencié et plus favorable «Clause d'habilitation», L/4903, 28 novembre 1979

DOCUMENTS OFFICIELS

COMMUNIQUÉS DE PRESSE

Communiqué de presse UNCTAD/PRESS/IN/2018/008, Genève, Suisse, 20 novembre 2018

Communiqué final, Réunion des ministres chargés des mines sur le projet de code minier communautaire révisé de l'UEMOA, Ouagadougou, le 29 juin 2019

Conseil d'État, Étude annuelle 2013 « Le droit souple », dossier de presse, 2 octobre 2013

RAPPORTS GOUVERNEMENTAUX

KIELLAND (N.), «Appuyer la participation des Autochtones à la mise en valeur des ressources : le rôle des ententes sur les répercussions et les avantages», Publication n° 2015-29-F, *Division des affaires juridiques et sociales* Parlement du Canada, 5 mai 2015

Observations du Gouvernement sur la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Journal Officiel du 10 décembre 2016, n° 287

Rapport D. Lankoande et D. Maradan, *Coût de l'inaction de la gestion des produits chimiques dans le secteur minier et agricole*, Ministère de l'Environnement et du Développement Durable, Burkina Faso, juin 2013

RAPPORTS DES ONG

Africa Progress Panel, Rapport sur les progrès en Afrique «Équité et Industries Extractives en Afrique: Pour une gestion au service de tous», Genève, 2013

CETIM, Propositions d'amendements au projet de normes sur les responsabilités des sociétés transnationales et autres entreprises, Genève, juillet 2003

ÖZDEN (M.), «État des lieux et enjeux des débats à l'ONU à propos des "Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés transnationales et autres entreprises"», *Collection du Programme Droits Humains du Centre Europe - Tiers Monde (CETIM)*, Genève, novembre 2005

Rapport de la Coalition pour les droits humains dans le développement, «Développement et investissement en Afrique», octobre 2017

Rapport FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'Homme : Un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs*, version actualisée de 2012

RAPPORTS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

COMMISSION ADHP

Commission ADHP, Projet de rapport d'activité de la présidente du groupe de travail sur les droits économiques, sociaux et culturels, 44e Session ordinaire, Abuja, Nigéria

Commission ADHP, Résolution sur la création d'un groupe de travail sur les industries extractives, l'environnement et les violations des droits de l'Homme en Afrique, novembre 2009, ACHPR/Res148(XLVI)09

CNUCED

CNUCED, «Le développement économique en Afrique, Repenser le rôle de l'investissement étranger direct», UNCTAD/GDS/AFRICA/2005/1, New York Genève, 2005

CNUCED, «Rapport sur l'investissement dans le monde 2019», UNCTAD/WIR/2019, New York Genève 2019, p. IX

CNUCED, «World Investment Report 2019: Special economic zones», 2019

CNUCED, Investment Policy Framework for Sustainable Development, New York, ONU, 2015

OIT

BIT, «La promotion du travail décent et la protection des principes et droits fondamentaux au travail dans les zones franches d'exportation», 2017b, Genève

BIT, Rapport 2019a, *Emploi et questions sociales dans le monde – Tendances 2019*, Genève

BIT, Rapport sur la promotion et l'application de la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale en Afrique Deuxième cycle de rapports régionaux (2018-2021), 2019, 14e Réunion régionale africaine Abidjan, Côte d'Ivoire

OIT, Overview of global developments and Office activities concerning codes of conduct, social labelling and other private sector initiatives addressing labour issues. Working Party on the Social Dimensions of the Liberalization of International Trade. International Labour Office, Geneva, novembre 1998, GB.273/ WP/SDL/1

OIT, Rapport IV, Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, CIT, 105e session, 2016

ONU

Instance permanente sur les questions autochtones, Rapport sur les travaux de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones, 17 février 2005, E/C.19/2005/3

Instance permanente sur les questions autochtones, Rapport sur les travaux de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones, 17 février 2005, E/C.19/2005/3

Rapport du groupe de travail sur le projet de déclaration, 4 janvier 1996, ECN/4/1996/84.

SAIFAC

SAIFAC, *The State Duty to Protect, Corporate Obligations and Extra-Territorial Application in the African Regional Human Rights System*, Johannesburg, 17 février 2010

UNRISD

P. UTTING, 2000 d'après Fortune, 1999 et la Banque mondiale, 1999b, in *Mains visibles: assumer la responsabilité du développement social*, UNRISD, Genève, 2000

Rapport de l'UNRISD, «*Responsabilité sociale et encadrement juridique des sociétés transnationales : Synthèse 1*», Genève, avril 2005

UNRISD, «*Responsabilité sociale et encadrement juridique des sociétés transnationales : Synthèse 1*», Genève, avril 2005

AUTRES

B. N. McLennan, *Effets des sociétés transnationales sur les pays en développement : Examen sélectif de la documentation existante et bibliographie annotée dans les domaines de l'éducation, de la science et de la culture, et Rapport sur les politiques de recherche et de formation scientifique et technique des sociétés transnationales et multinationales*, UNESCO, 1977

Banque mondiale, «1992 : Strategy for African Mining», World Bank Technical Paper 181, Africa Technical Department Series, Mining Unit, Industry and Energy, Washington D.C.

Banque mondiale, Rapport annuel “*Doing Business*”

CDI, Rapport sur le Projet d’article sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et des commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2).

CDI, Projet d’articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1991, vol. II(2)

FMI, Rapport annuel 2019, «Un monde connecté»

Banque mondiale, BIRD et IDA, Rapport annuel 2019, «Mettre fin à la pauvreté, investir dans les opportunités; traité par région, pour Afrique»

JURISPRUDENCE

JURIDICTIONS NATIONALES

Cour de cassation, 1ère chambre civile, affaire Yukos, arrêt du mercredi 5 novembre 2014, n°13-11745

Cour de cassation, affaire *NML c/ République d’Argentine et Total Austral* 1ère chambre civile, 28 mars 2013, n°10-25.238, n°11-10.450, n°11-13.323

Cour de cassation, 1ère chambre civile, 25 janvier 2005, n° 03-18.176

Cour d'appel, Paris, Pôle 1, chambre 1, 4 Décembre 2012, n° 11-07800

Cour de cassation, 1ère chambre civile, 13 mai 2015, n. 13-17751

Conseil constitutionnel, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

Cour Suprême des États-Unis, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013), 17 avril 2013

Cour Suprême des États-Unis, *Sosa c. Alvarez-Machain*, 542 US 692, 2004

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Doe v. Unocal*, U.S. App. LEXIS 19263 (9th Cir. Cal.), 2002

United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Filartiga v. Pena-Irala* - 630 F.2d 876, 1980

United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 1995

United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000), cert. denied, 532 U.S. 941, 2001

United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226, opinion juge LEVAL, n°. 99-7223, 99-7245

United States Court of Appeals for the Third Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F (3d) 111, 17 avril 2013

United States District Court for the Central District of California, *National Coalition Government of the Union of Burma and Federation of Trade Union of Burma v. Unocal, Inc. (Roe I)* 176 F.R.D.329, 334 (C.D. Cal.), 1997

Cour Suprême de Canada, *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 3 S.C.R. 550, SCC 74, 2004

Cour Suprême de Canada, *Mikisew Cree First Nation v. Canada* (Governor General in Council), SCC 40, 2 S.C.R. 765, 2018

Cour Suprême de Canada, *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, arrêt sur le fond 4 septembre 2015, n. 42, 3 S.C.R. 69, 2015

Ontario Superior Court, *Choc c. Hudbay Minerals Inc.*, arrêt sur le fond, 22 juillet 2013 n°1414

Court of Appeal of England and Wales, *Chandler v Cape plc*, [2011] EWHC 951 (QB); EWCA Civ 525, 2012

United Kingdom Supreme Court, *Lungowe v Vedanta Resources plc*, UKSC 20, 2019

CONTENTIEUX DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, Chambre, *affaire Airey c. Irlande*, Requête n° 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979

CEDH, Chambre, *affaire X et Y c. Pays-Bas*, Requête n° 8978/80, arrêt du 26 mars 1985

Commission ADHP, *affaire Womens's Legal Aid Center (on Behalf of Sophia Moto) c. Tanzanie*, Communication 243/2001, 7 décembre 2004

Commission ADPH, *Centre for Minority Rights Development et MRG au nom du peuple Endorois c. la République du Kenya*, Communication N° 176/2003, 4 février 2010

Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, *affaire Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, Communication 155/96, 30e Session Ordinaire, Banjul, Gambie, 13 octobre 2001

JURIDICTIONS INTERNATIONALES

CPIJ, *affaire de la Compétence des tribunaux de Dantzig*, avis 3 mars 1928, Sér. B, n° 15

CPJI, *affaire les Emprunts serbes*, arrêt 12 juillet 1929

CPJI, *affaire Usine de Chorzów*, jugement sur compétence, série A, n° 9 1927

CPJI, *affaire Usine de Chorzów*, jugement sur le fond, série A, n°17, 1928

CIJ, *affaire Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), compétence de la Cour et la recevabilité de la requête, 26 novembre 1984

CIJ, *affaire Réparations des dommages subis au service des Nations Unis*, avis 11 avril 1949

CIRDI *affaire Mr. Patrick Mitchell c. République démocratique de Congo*, décision sur l'application de l'annulation du jugement, du 1er novembre 2006, n° ARB/99/7

CIRDI *affaire Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation c. Grenada*, sentence, n° ARB/10/6

CIRDI *affaire RSM Production Corporation c. République centrafricaine*, décision sur la compétence et la responsabilité, 7 décembre 2010, n° ARB/07/2

CIRDI *affaire Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume de Maroc*, décision sur la compétence, 23 juillet 2001 n° ARB/00/4

CIRDI, *affaire AES Summit Generation Limited et AES-Tisza Erömü Kft c. Hongrie*, sentence, 23 septembre 2010, n° ARB/07/22

CIRDI, *affaire Alasdair Ross Anderson e.a. c. Costa Rica*, sentence du 19 mai 2010, n° ARB (AF)/07/3

CIRDI, *affaire Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, sentence sur le fond, 12 juin 2012, n° ARB/01/2

CIRDI, *affaire Biwater Gauff Limited c. United Republic of Tanzania*, décisions sur la compétence du 2 février 2007, n° ARB/05/22

CIRDI, *affaire Burlington Resources Inc. c. la République d'Ecuador*, décision sur la demande reconventionnelle, 7 février 2017, n° ARB/08/5

CIRDI, *affaire CMS Gaz c. Argentine*, décision sur le fond, 12 mai 2005, n° ARB/01/8

CIRDI, *affaire FEDAX N.V. v. The Republic of Venezuela*, décision sur compétence, 16 juin 1996, n° ARB/96/3

CIRDI, *affaire Gouvernement de la Province du Kalimantan oriental c. PT Kaltim Prima Coal et al.*, n° ARB/07/3

CIRDI, *affaire Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, sentence du 18 juin 2010, n° ARB/07/24

CIRDI, *affaire Pérou c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía SAC*, n° ARB/13/24

CIRDI, *affaire Gabon c. Société Serete SA*, n° ARB/76/1

CIRDI, *affaire Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. et Abal Hermanos S.A. c. la République orientale de l'Uruguay*, 8 juillet 2016, n° ARB/10/7

CIRDI, *affaire Phoenix Action, Ltd. c. République Tchèque*, jugement du 15 avril 2009, n° ARB/06/5

CIRDI, *affaire Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA et Allan Fosk Kaplún c. Bolivie*, 26 février 2010, n° ARB/06/2

CIRDI, *affaire Sempra Energy International v. the Argentine Republic*, sentence sur le fond, 28 septembre 2007, n° ARB/02/16

CIRDI, *affaire SPP c. Egypte*, sentence 20 mai 1992, n° ARB/84/3

CIRDI, *affaire Spyridon Roussalis v. Romania*, n° ARB/06/1

CIRDI, *affaire Total SA c. Argentine*, décision sur la responsabilité, 27 décembre 2010, n° ARB/04/01

CIRDI, *affaire Urbaser S.A. , Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentine*, sentence, 8 décembre 2016, n° ARB/07/26

CIRDI/CNUDCI, *affaire Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA et Vivendi Universal, SA c. Argentine*, décision sur responsabilité 30 juillet 2010, n° ARB/03/19

CPA/CNUDCI, *affaire Equateur c. États-Unis d'Amérique*, décision sur la compétence, 29 septembre 2012, n° 2012-5

Tribunal *ad hoc*, *affaire Italie c. Cuba*, décision sur la compétence, 15 janvier 2008

Tribunal arbitral *ad hoc*, *affaire Texaco Overseas Petroleum Co. et California Asiatic Oil Company c. Libye*, sentence au fond du 29 janvier 1977

Tribunal arbitral de la CCI, *affaire ArcelorMittal c. Sénégal* sentence, 3 septembre 2013, jugement confidentiel

Tribunal de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), *affaire Philip Morris Asia Limited c. le gouvernement du Commonwealth d'Australie*, décembre 2015, n° 2012-12

UNCITRAL Arbitration, *affaire Methanex c. United States of America*, décision sur la recevabilité des amici curiæ, 15 janvier 2001

ORD, *affaire Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Communautés européennes c. États-Unis, n° DS26

AVIS

Marikana Commission of Inquiry, Report on Matters of Public, National and International Concern Arising Out of the Tragic Incidents at the Lonmin Mine, 2015

Opinion individuelle de M. Lauterpacht, jointe à CIJ, Sud-Ouest africain, Procédure de vote, avis consultatif du 7 juin 1955, C.I.J., Recueil 1955

AUTRES

CJUE, Grande Chambre, arrêt du 12 novembre 2019, ECLI:EU:C:2019:954

MÉMOIRE

A. REMY, *L'Arbitrage International, entre Confidentialité et Transparence*, Marie GORÉ (dir.), mémoire rédigé dans le cadre du Master 2 de Droit Européen Comparé, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2013

THÈSE

F. GOULET, *L'innovation par retrait : reconfiguration des collectifs sociotechniques et de la nature dans le développement de techniques culturelles sans labour*, M. Dominique VINCK (dir.), thèse présentée pour l'obtention du titre de Docteur en Sociologie, Université Pierre Mendès France, Grenoble école doctorale « Sciences de l'Homme, du Politique et du Territoire », 2012

COURS ET INTERVENTIONS ACADÉMIQUES

Intervention de M. Gaston KENFACK DOUAJNI, Le nouvel acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du traité OHADA, cours dispensé dans le cadre du Diplôme d'université Droit international économique en Afrique, Centre de formation permanente, Université Panthéon-Assas, année scolaire 2019/2020

Intervention de Me Capucine du PAC de MARSOULIE, sur le règlement des différends, dans le cadre du Diplôme d'université Droit international économique en Afrique, Centre de formation permanente, Université Paris 2 Panthéon-Assas, année scolaire 2019/2020

Intervention de Me Thierry LAURIOL, *Droit minier et pétrolier en Afrique*, dans le cadre du Diplôme d'université Droit international économique en Afrique, Centre de formation permanente, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2019/2020

M. le Pr. Y. NOUVEL, Cours magistral de droit international économique, dans le cadre de la maîtrise en droit international, Université Paris 2 Panthéon-Assas, année scolaire 2018/2019

AUTRES DOCUMENTS

European Commission, Brief of Amicus Curiae the European Commission in support of neither party on writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit in the Supreme Court of the United States, Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain, 23 janvier 2004

SITOGRAFIE

African mining legislation atlas : <https://www.a-mla.org/guidingtemplate/part/265>

Banque mondiale : <https://www.banquemondiale.org/fr/>

Cour ADHP : <https://fr.african-court.org/>

FMI : <https://www.imf.org/fr>

Fortune 500 : <https://fortune.com/fortune500/>

Global Alliance of National Human Rights Institutions : <https://ganhri.org/membership/>

Nexus gold corp : <https://nxs.gold/wafrica/>

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

OHADA : <http://www.ohada.com/>

OIT : <https://www.ilo.org>

OMC : <https://www.wto.org>

ONU : <http://www.un.org/fr/>

Pacte Mondial : <https://www.unglobalcompact.org/>

Revue des droits et libertés fondamentaux : <http://www.revuedlf.com/>

Trésor de la Langue Française informatisé : <http://atilf.atilf.fr/>

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	5
LISTE DES ABRÉVIATIONS	6
INTRODUCTION	8
PARTIE I	23
Les obstacles à la responsabilisation des STN	23
Chapitre 1.	23
Les normes et le cadre juridique international favorables aux STN	23
Paragraphe 1. L'absence de reconnaissance d'obligations envers les STN	24
A. L'étude des instruments internationaux	24
B. L'étude des instruments régionaux	31
1) Le système africain de protection des droits de l'Homme	32
α : L'aperçu des traditions différentes de droits de l'Homme	32
β : L'approche solidariste, représentée par la Charte africaine	33
2) Les particularités de la Charte africaine, énonçant des droits et des devoirs	34
Paragraphe 2. L'absence de centralisation organique dans le suivi et le contrôle de la bonne application des normes applicables	36
A. Le mécanisme de suivi dans le cadre de l'OIT	36
B. Les mécanismes de suivi prévus par les instruments onusiens	38
C. Les points de contact nationaux instaurés par l'OCDE	40
Section 2. Les domaines juridiques adjacents protecteurs des STN : le droit international économique	41
Paragraphe 1. Le contexte du droit international économique et des investissements : les normes uniquement orientées vers la protection des STN	42

A. Les traditions normatives protectrices des STN	42
1) L'encadrement de l'OMC faisant obstacle aux considérations des droits de l'Homme	42
2) L'encadrement CIRDI favorable aux intérêts des STN	44
B. La tradition protectrice de l'investisseur dans le cadre de la procédure arbitrale	46
Paragraphe 2 : Le droit interne des États de l'Afrique de l'Ouest incitatif des investissements étrangers	49
A. Les privilèges reconnus aux STN	49
1) Les privilèges accordés dans les codes d'investissements	50
α : Les mesures d'incitation d'ordre substantiel	50
β : Les mesures d'incitation d'ordre juridictionnel	52
2) Les contrats miniers déséquilibrés	53
B. L'apparition progressive des obligations des investisseurs étrangers	55
1) Les codes d'investissements contenant des obligations des investisseurs étrangers	55
2) Les contrats miniers visant un rééquilibrage des forces entre les parties	57
Chapitre 2.	60
Le contexte défavorable à la protection des intérêts de l'État	60
Section 1. Les multiples rôles de l'État	60
Paragraphe 1. Le contexte socio-économique de l'État, déterminant sa position face aux investissements étrangers	60
A. Le contexte socio-économique des États en Afrique de l'Ouest	60
1) Le contexte particulier des pays en développement et des pays les moins avancés	61

2) La position de l'État dans le contexte de la globalisation et transnationalisation du droit	65
B. Les États d'Afrique de l'Ouest face aux investissements directs étrangers	67
1) Les enjeux généraux de l'arrivée des investissements directs étrangers dans les pays africains	68
2) Le paradoxe de l'IDE en Afrique	70
3) Le problème relatif au développement de l'investissement spécifique au secteur privé	72
4) La dépendance au secteur primaire : l'économie tributaire	73
Paragraphe 2. L'étendue de la souveraineté étatique sur le régime juridique minier	75
A. Le régime juridique encadrant le domaine minier et les travailleurs de manière inadaptée	75
1) L'évolutions du cadre juridique minier	75
α : De l'apparition à l'essor de la société d'État minière	77
β: Le retrait de l'État et la privatisation des sociétés d'État	78
γ : L'avènement d'un nouveau mouvement	80
2) Le droit du travail en Afrique	81
B. L'importance et les enjeux inhérents au secteur minier en Afrique	85
Section 2. Un système de contentieux défavorable à l'État	90
Paragraphe 1. L'accès des victimes au recours	90
A. Les contentieux étatiques	90
B. Les contentieux interétatiques	92
1) La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples	93
2) La Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples	99
3) Les tribunaux des communautés économiques régionales africaines	103
C. La médiation : une alternative locale souvent utilisée	105

Paragraphe 2. L'arbitrage : seul recours disponible et inadapté à la recherche de responsabilité des STN	108
A. La justice privée transnationale marquée par la volonté d'empêcher la poursuite des STN	109
B. Le contentieux prévu uniquement pour la poursuite de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite	110
C. La remise en question de l'arbitrage traditionnel	112
1) L'arbitrage dans le cadre du CIRDI, recevabilité de l'amicus curiae	113
2) Le nouvel acte uniforme de l'OHADA, modernisant et rendant l'arbitrage plus équilibré	114
PARTIE II	118
Les solutions existantes et prospectives de la responsabilisation des STN	118
Chapitre 1.	118
Les solutions sur le territoire national des pays d'accueil	118
Section 1. Le renforcement juridique et contractuel face aux STN	118
Paragraphe 1. La réaffirmation de la position de l'État par les relations contractuelle	118
A. L'emprunt d'autres systèmes juridiques : l'exemple de la joint-venture	119
B. L'emprunt d'éléments à d'autres domaines juridiques : l'exemple d'emprunt du domaine pétrolier avec le contrat de partage de production	122
Paragraphe 2. La réaffirmation de la communauté locale face aux STN	124
A. La valorisation du rôle de la communauté locale	125
1) Le besoin d'intervention de la communauté locale face au retrait de l'État et la déréglementation du secteur minier	125
2) Le fondement du rôle de la communauté locale dans la responsabilisation des STN	127

B. L'implication de la communauté à travers les ententes sur les répercussions et les attentes (ERA)	132
1) La notion d'entente sur les répercussions et les attentes (ERA)	132
2) L'influence des ERA, la diffusion verticale et horizontale	135
Paragraphe 1. L'étude des instruments classiques	138
A. L'utilisation du critère du "développement" comme première ligne de défense	139
B. La protection de l'intérêt général dans le cadre de la justice privée	142
C. L'utilisation de l'exécution des jugements des Tribunaux arbitraux	145
1) L'obligation de l'exécution des sentences des Tribunaux arbitraux	145
2) La limitation de l'obligation de l'exécution par l'annulation de la sentence initiale dans le but de protection de l'État	147
3) La circonscription de l'obligation de l'exécution par le recours à l'immunité d'exécution	149
Paragraphe 2. Les instruments nouveaux et prospectifs pour la défense des États face aux STN	152
A. L'utilisation de la demande reconventionnelle	152
1) L'encadrement stricte de la demande reconventionnelle limitant ses chances de succès	153
2) La difficulté à remplir les conditions de recevabilité	156
B. La restructuration des rapports entre États et STN par le droit administratif global	159
1) L'émergence et le théorie générale du droit administratif global	160
2) La théorie du droit administratif global dans l'arbitrage	162
Chapitre 2.	164
L'action à distance dans la sphère internationale, transnationale ou dans les droits des pays d'immatriculations	164

Section 1. L'accroissement de l'effectivité des normes supranationales	164
Paragraphe 1. Le durcissement des normes visant directement les STN	165
A. Le durcissement du soft law dans des instruments contraignant	165
1) La transposition rendant les règles de soft law opposables aux STN	167
2) La reprise des règles par des normes internationales contraignantes	168
B. La potentielle obligatorité des règles visant les STN par opposition à la bonne foi et au principe de l'estoppel	170
Paragraphe 2. Les normes contraignantes visant les États-hôte ayant un effet indirect sur les STN	172
A. Les normes internationales contraignantes	172
B. Les normes régionales visant les États pouvant avoir une incidence sur les STN	175
1) Le Code panafricain des investissements	175
α: La présentation générale	175
β: L'analyse des apports innovateurs en matière de responsabilisation des STN	177
γ : La question de la mise en œuvre du Code	180
2) Les normes communautaires dans l'Afrique de l'Ouest	183
α : La Directive sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier de la CEDEAO	183
β : Le code minier de l'UEMOA	186
Paragraphe 1. Les régulations nationales responsabilisant les sociétés mères	189
A. L'aperçu général de la législation nationale relative à la responsabilité des entreprises	189
B. Les obligations de diligence et l'obligation de transparence permettant un avancement limité	191
1) L'obligation de diligence raisonnable	191
2) L'obligation de transparence	193

Paragraphe 2. L'établissement des recours disponibles dans les États d'immatriculation	194
A. Les législations permettant le recours	195
1) L'ATCA	195
2) Le Règlement Bruxelles I bis	197
B. Les progrès jurisprudentiels accomplis pour la sécurisation du recours	199
1) La circonscription de la portée de l'ATCA	199
2) Les progrès en dehors des États-Unis	201
CONCLUSION	204
BIBLIOGRAPHIE	209
OUVRAGES	209
Contribution à un ouvrage	210
Articles	212
Textes juridiques	216
Textes juridiques nationaux des pays africains	216
Textes juridiques nationaux d'autres pays	217
Conventions et textes régionaux	218
OHADA	218
UA	219
Conventions et textes internationaux	219
OIT	220
ONU	220
Autres	222
Documents officiels	222
Communiqués de presse	222

Rapports gouvernementaux	223
Rapports des ONG	223
Rapports des organisations internationales	224
Commission ADHP	224
CNUCED	224
OIT	224
ONU	225
SAIFAC	225
UNRISD	225
Autres	225
Jurisprudence	226
Juridictions nationales	226
Contentieux des droits de l'Homme	227
Juridictions internationales	228
Avis	230
Autres	230
Mémoire	230
Thèse	231
Cours et interventions académiques	231
Autres documents	231
Sitographie	231
TABLE DES MATIÈRES	233