Les Cahiers de l'EDIEC

REGARDS AFRICAINS SUR LES MUTATIONS DU DROIT INTERNATIONAL : ENTRE ENVIRONNEMENT, GOUVERNANCE ET INVESTISSEMENTS

Liber amicorum en l'honneur du Professeur Stéphane Doumbé-Billé



Sous la direction de
Catherine MAIA et Jean-Baptiste HARELIMANA

Dans la même collection

Kiara NERI (dir.), *L'Utopie. Actes de la première Journée de l'EDIEC*, Lyon, Équipe de droit international, européen et comparé, collection « Les Cahiers de l'EDIEC » [en ligne], n° 1, 2020, 96 p.

Kiara NERI (dir.), *Actes de la journée en hommage au professeur Stéphane Doumbé-Billé*, Lyon, Équipe de droit international, européen et comparé, collection « Les Cahiers de l'EDIEC » [en ligne], n° 2, 2020, 138 p.

Caroline CORNELLA, Pauline DE BILBAO et Rosalie LE MOING (dir.), The Handmaid's Tale *et le Droit international public - Actes du colloque du 16 septembre 2022,* Lyon, Équipe de droit international, européen et comparé, collection « Les Cahiers de l'EDIEC » [en ligne], n° 3, 2023, 215 p.

Ludovic PAILLER, Jessica ATTALI-COLAS (dir.), *Le recouvrement forcé à l'étranger des créances de sécurité sociale – Actes de la journée de restitution des travaux de recherche,* Lyon, 10 décembre 2024, Équipe de droit international, européen et comparé, collection « Les Cahiers de l'EDIEC » [en ligne], n° 4, 2025, 45 p.

ISSN 2740-3688

Direction de publication : Cyril NOURISSAT, Professeur de droit privé et sciences criminelles, Directeur de l'Équipe de droit international, européen et comparé (EDIEC – UR 4185) et Christine FERRARI-BREEUR, Maître de conférences HDR en droit public, Directrice adjointe de l'Équipe de droit international, européen et comparé (EDIEC – UR 4185)

Responsable d'édition : Lise BARAT-STRANIERI, Administratrice de l'EDIEC

Assistant d'édition : Yassine CHATTOUT, Assistant à la valorisation de la recherche de l'EDIEC

Équipe de droit international, européen et comparé

Co-édition avec l'Académie africaine de la pratique du droit international

Adresse géographique : Université Jean-Moulin Lyon 3 – Faculté de droit – EDIEC, 15 quai Claude Bernard – 69007 Lyon

Adresse postale : Université Jean-Moulin Lyon 3 – Faculté de droit (Quais) – EDIEC, 1C avenue des Frères Lumière CS 78242 – 69372 Lyon Cedex 08

Courriel : ediec@univ-lyon3.fr

Site web : http://ediec.univ-lyon3.fr

Réseaux sociaux : LinkedIn

Citation C. Maia et J.-B. Harelimana (dir.), *Regards africains sur les mutations du droit international : entre environnement, gouvernance et investissements. Liber amicorum en l'honneur du Professeur Stéphane Doumbé-Billé,* Équipe de droit international, européen et comparé, collection « Les Cahiers de l'EDIEC » [en ligne], n° 5, 2026, 293 p. [http://ediec.univ-lyon3.fr/publications/les-cahiers-de-lequipe-de-droit-international-europeen-et-compare/]

Illustration de couverture : CC-BY-NC-ND **masterSergeant** (référence de l'illustration : 1371732893)

Sous la direction de
Catherine MAIA et Jean-Baptiste HARELIMANA

Regards africains sur les mutations du droit international : entre environnement, gouvernance et investissements

Liber amicorum en l'honneur du Professeur Stéphane Doumbé-Billé

Avant-propos de Catherine MAIA, Jean-Baptiste HARELIMANA, Juliette OLIVIER LEPRINCE

Préface de Kiara NERI

Postface de Hugues KENFACK

REMERCIEMENTS

L’ouvrage en hommage au Professeur Stéphane Doumbé-Billé a bénéficié de l’aide précieuse de plusieurs amis, collègues et anciens étudiants, dont les noms figurent ci-après. Qu’ils soient ici chaleureusement remerciés pour leur engagement, leur disponibilité et la générosité avec laquelle ils ont donné de leur temps, de leur énergie et de leur talent, afin que ce projet puisse voir le jour dans les meilleures conditions.

Leur soutien a accompagné l’ouvrage à ses différentes étapes : coordination éditoriale, relecture, échanges scientifiques ou appui logistique. Par leur implication, discrète mais essentielle, ils ont grandement contribué à la réalisation de cet opus.

Puisse cet hommage collectif être à la hauteur de l’estime, de l’admiration et de la reconnaissance que nous portons au Professeur Stéphane Doumbé-Billé.

Nos remerciements les plus sincères s’adressent à : David Roy, Charlotte Rollet, Léo Walker, Maël Vadon, Criss-Dess Dongar, Aklesso Jacques Akpe, Bamba Nonféni Michel Zarationon, Olivia Anagonou et Grâce Kashama Matolu.

AVANT-PROPOS

Catherine MAIA

*Professeure de droit international, Université Lus*ófona (Portugal),
Sciences *Po Paris (France)*

Jean-Baptiste HARELIMANA

Docteur en droit et avocat au Barreau des Hauts-de-Seine

Juliette OLIVIER LEPRINCE

Ingénieure de recherche au Centre de Recherche et d'Étude en Droit et Science Politique – CREDESPO, Université Bourgogne Europe

Il est des universitaires dont l'œuvre ne se mesure pas seulement à l'abondance des publications, à la diversité des responsabilités exercées ou au nombre de disciples formés. Leur influence tient également à une manière de penser le droit, de le transmettre et de le mettre au service de la société. Le professeur Stéphane Doumbé-Billé (1953-2020) appartenait à cette catégorie de juristes dont le parcours scientifique et humain laisse une empreinte durable. Grande figure francophone du droit international public et du droit international de l'environnement, il a largement contribué au développement et au rayonnement de ces disciplines, en France, en Afrique et bien au-delà.

Né en 1953 à Douala, au Cameroun, Stéphane Doumbé-Billé poursuit ses études supérieures en France, à l'Université Toulouse 1. Il y soutient, en 1983, sous la direction du professeur Jean-Arnaud Mazères, une thèse consacrée aux rapports entre l'État camerounais et les collectivités locales. Parallèlement à sa formation juridique, il obtient un diplôme d'études approfondies en philosophie et consacre son mémoire au « discours de la colonisation ». Cette double formation n'est pas un élément secondaire de son parcours. Elle nourrit durablement une pensée juridique attentive aux fondements des normes, aux rapports de pouvoir qu'elles expriment et aux réalités historiques, sociales et politiques dans lesquelles elles s'inscrivent.

Ses premières recherches relèvent principalement du droit administratif. Il travaille notamment sur le rôle du Conseil d'État ainsi que sur le droit administratif des étrangers. Son intérêt croissant pour la protection de l'environnement le conduit toutefois à se tourner résolument vers le droit international, qui devient progressivement le cœur de son activité scientifique. Il s'affirme, dès lors, comme un internationaliste pleinement engagé dans l'étude des acteurs, des sources, des institutions et des mécanismes de l'ordre juridique international, sans jamais enfermer sa réflexion dans les limites d'une spécialisation étroite.

Nommé maître de conférences à l'Université de Limoges en 1986, Stéphane Doumbé-Billé commence ainsi une riche carrière universitaire en France. Après sa réussite au concours d'agrégation, il rejoint l'Université du Littoral Côte d'Opale, puis l'Université Jean Moulin Lyon 3, où il accomplit l'essentiel de son parcours académique. Il y dirige le Centre de droit international, assume la responsabilité du master de droit international public et contribue de manière déterminante à faire du droit international, notamment du droit international de l'environnement, l'un des axes majeurs de la Faculté de droit.

Son œuvre scientifique accompagne et éclaire l'essor d'une discipline alors en pleine construction. Ses travaux réalisés avec le professeur Alexandre Charles Kiss, parmi lesquels leur étude consacrée à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de Rio, publiée en 1992 dans l'*Annuaire français de droit international*, comptent parmi les contributions importantes à la consolidation doctrinale du droit international de l'environnement. Il participe également à la rédaction d'ouvrages majeurs consacrés au droit de l'environnement, au développement durable et au droit des forêts. Par leur ampleur, leur rigueur et leur capacité à mettre en lumière les transformations du droit positif, ces travaux ont largement contribué à façonner la doctrine francophone dans ces domaines.

Chez Stéphane Doumbé-Billé, cependant, l'étude du droit ne pouvait être dissociée de sa mise en œuvre. Internationaliste engagé dans la pratique, il met son expertise au service de nombreux États, parmi lesquels la Mauritanie, Maurice, le Cameroun, Djibouti, les Comores, la République démocratique du Congo et le Gabon. Il contribue notamment à l'élaboration de législations environnementales et à la traduction, dans les ordres juridiques nationaux, des engagements internationaux souscrits par ces États.

Son expertise est également sollicitée par de nombreuses organisations internationales et non gouvernementales, dont l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, le Programme des Nations Unies pour le développement, le Programme des Nations Unies pour l'environnement, l'Organisation internationale de la Francophonie, l'Union internationale pour la conservation de la nature et le Fonds mondial pour la nature. À travers de multiples missions, il œuvre à l'effectivité des instruments internationaux de protection de l'environnement. Son intervention, en mars 2006 à Yaoundé, lors d'un séminaire d'appui juridique à la mise en œuvre de la Convention de Ramsar en Afrique francophone de l'Ouest et du Centre, illustre, parmi bien d'autres, cette volonté constante de rapprocher la norme internationale des réalités nationales et locales.

La dimension africaine de son parcours et de sa pensée occupe naturellement une place centrale dans son œuvre. Profondément attaché au continent dont il était originaire, Stéphane Doumbé-Billé a constamment entretenu et développé des liens académiques avec les universités et les institutions africaines. Il a enseigné et formé plusieurs générations d'internationalistes, notamment au Bénin, au Burkina Faso, au Cameroun, en Égypte, au Sénégal, au Togo et en Tunisie, ainsi qu'à l'Université Senghor d'Alexandrie. Par ses enseignements, ses missions et l'encadrement de

nombreux travaux universitaires, il a contribué à la constitution d'un vaste réseau scientifique francophone.

Son intérêt pour l'Afrique ne relevait toutefois ni du seul attachement personnel ni d'une simple extension géographique de ses recherches. Le continent constituait pour lui un espace essentiel d'élaboration, de régionalisation et de renouvellement du droit international. Ses travaux sur l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires et sur la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples témoignent de son attention aux dynamiques propres à l'intégration juridique africaine. Ils rappellent également sa conviction que les États, les institutions et les juristes africains ne sont pas seulement les destinataires du droit international, mais aussi des acteurs de sa formation et de ses transformations.

L'héritage du professeur Stéphane Doumbé-Billé réside assurément dans ses ouvrages, ses articles et les nombreuses recherches qu'il a suscitées. Il se manifeste aussi dans les très nombreuses thèses qu'il a dirigées, accompagnées ou évaluées, en droit international public comme en droit international de l'environnement. Mais cet héritage est également vivant. Il se prolonge dans les travaux de ses collègues, de ses doctorants et de ses anciens étudiants, ainsi que dans les institutions et les réseaux scientifiques qu'il a contribué à faire grandir.

Le présent ouvrage d'hommage entend rendre compte, autant que possible, de la richesse de ce parcours et de la fécondité de cette pensée. Par la diversité de leurs objets et de leurs approches, les contributions qu'il rassemble témoignent de l'étendue des domaines auxquels Stéphane Doumbé-Billé a consacré son intelligence et son énergie. Elles expriment aussi la reconnaissance de celles et ceux qui ont eu le privilège de travailler avec lui, de recevoir son enseignement ou de poursuivre les réflexions qu'il avait ouvertes.

Au-delà du savant reconnu, tous gardent le souvenir d'un professeur accessible, d'un collègue généreux et d'un juriste profondément attaché à la transmission du savoir. Rigueur scientifique, engagement et humanité formaient chez lui un tout indissociable. Puissent les pages qui suivent faire vivre cette exigence et contribuer à transmettre aux générations futures la pensée d'un internationaliste qui aura consacré son œuvre à mieux comprendre le droit, mais aussi à le rendre plus juste, plus effectif et plus attentif aux besoins des sociétés humaines.

PRÉFACE

Kiara NERI

Professeure de droit public,
Centre de droit international (CDI-EDIEC),
Université Jean Moulin Lyon 3

Il est des ouvrages que l'on ouvre avec la distance et la sérénité que requiert la lecture d'un travail scientifique. Et puis il en est d'autres que l'on ouvre avec une émotion particulière, parce que derrière les pages, derrière les noms des contributeurs et derrière les références doctrinales, se tient une personne.

Le présent ouvrage appartient à cette seconde catégorie.

Construit avec amitié par Catherine Maia, Jean-Baptiste Harelimana et Juliette Olivier Leprince, il rend un hommage vibrant à l'internationaliste, à l'environnementaliste, au chercheur infatigable qu'était Stéphane Doumbé-Billé.

Le droit international constituait pour lui un territoire sans frontières. Il en explorait les sources, les mécanismes, les acteurs et les transformations avec une curiosité jamais épuisée. Il s'intéressa à ses différentes branches, à ses évolutions contemporaines, à sa régionalisation, à ses rapports avec les ordres juridiques internes et, tout particulièrement, à son développement sur le continent africain. Cette dernière dimension occupait une place particulière dans son parcours et c'est elle qui est mise à l'honneur dans ce bel ouvrage.

Stéphane était profondément attaché à l'Afrique, à son droit, à ses institutions et surtout à celles et ceux qui contribuaient à leur construction. Il n'était pas de ces universitaires qui considèrent l'enseignement comme une activité confinée aux murs de leur propre université. Il voyageait, enseignait, rencontrait, échangeait, formait.

D'Alexandrie à Abomey-Calavi, de Dakar à Douala, de Yaoundé à Ouagadougou, de Tunis à Lomé, il a contribué à faire circuler les savoirs, à rapprocher les communautés universitaires et à créer, par-delà les frontières institutionnelles et géographiques, des liens durables entre chercheurs et enseignants.

Cette ouverture se retrouvait également dans ses activités d'expert, de consultant et de conseiller. De nombreux États et organisations internationales ont fait appel à ses compétences. Chez lui, la théorie appelait nécessairement la pratique.

C'est peut-être là que réside l'une des principales leçons de son parcours. Le juriste ne devait pas seulement comprendre les normes ; il devait aussi s'interroger sur leur effectivité et sur leur capacité à transformer le réel. L'internationaliste ne devait pas seulement commenter les instruments internationaux ; il devait également s'intéresser aux femmes et aux hommes,

aux États, aux institutions et aux sociétés auxquels ces instruments étaient destinés.

Le droit ne pouvait, à ses yeux, être entièrement dissocié du monde dans lequel il prend sens et auquel il est appelé à s'appliquer.

Cette exigence explique sans doute la diversité de ses travaux et l'étendue de son réseau d'amitiés scientifiques. Elle explique également pourquoi, au moment de lui rendre hommage, il est impossible de dissocier complètement le professeur du praticien, le juriste de l'expert, l'universitaire du voyageur, l'internationaliste de l'homme profondément attaché à l'Afrique.

Elle explique enfin pourquoi tant de personnes ont souhaité prendre part à cet hommage, qui permet, une nouvelle foi, de le remercier pour l'héritage scientifique et humain qu'il nous a confié. À nous désormais de le faire grandir !

PARTIE I.- ENVIRONNEMENT, CLIMAT ET RESSOURCES NATURELLES EN AFRIQUE

LE CONTINENT AFRICAIN FACE AUX MIRAGES DE LA CROISSANCE BLEUE

Nathalie ROS

Professeur à l'Université de Tours (IRJI)
Vice-président et Secrétaire général
de l'Association internationale du Droit de la Mer

Comme en témoigne la dédicace de la Stratégie 2050[1], la relation historique de l'Afrique à la mer demeure ambiguë et complexe[2]. Dès les années 1970, le continent africain joue pourtant un rôle précurseur dans le processus de revendication spatiale qui sert aujourd'hui de cadre aux nouvelles ambitions maritimes ; c'est à l'Afrique que le nouveau droit de la mer doit le concept de zone économique exclusive, et la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a incontestablement joué un rôle déterminant dans l'émergence d'une conscience maritime africaine.

Après la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et le développement durable, l'économie bleue est devenue le nouveau symbole des ambitions maritimes africaines[3] ; l'idée fondatrice est de transposer au continent les promesses associées au concept de croissance bleue : « l'économie bleue, c'est l'avenir de l'Afrique », pour reprendre les mots de Danny Faure, alors Vice-Président des Seychelles, devant les chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine en 2014. Adoptée la même année, la Stratégie africaine intégrée pour les mers et les océans – horizon 2050 (Stratégie AIM 2050) de l'Union africaine s'inscrit précisément dans cette logique que confirment un an plus tard l'Agenda 2063, puis en 2016 la Charte africaine sur la sûreté et la sécurité maritimes et le développement en Afrique, dite Charte de Lomé, qui lui consacre son chapitre IV[4]. En tant que vecteur de développement, l'économie bleue doit cependant faire face à de nombreux défis, en Afrique comme ailleurs mais sans doute plus qu'ailleurs ; dans l'esprit de la Charte de Lomé, les obstacles les plus aisément identifiables sont liés à la sûreté et à la sécurité maritimes, ainsi qu'à la protection de l'environnement marin et à la préservation des ressources. Si l'économie bleue doit donc être comprise comme incluant une nécessaire sécurisation des

---

[1] « La Stratégie africaine intégrée pour les mers et les océans à l'horizon 2050 (Stratégie AIM 2050) est dédiée à la mémoire de tous ceux qui ont péri en mer à la recherche d'une vie meilleure et perdu leurs vies dans les océans pendant la traite négrière, la colonisation, la lutte pour l'autodétermination et l'indépendance de l'Afrique ».

[2] T. DAHOU, « La politique des espaces maritimes en Afrique. Louvoyer entre local et global », *Politique africaine*, vol. 116, 2009, pp. 5-22.

[3] Y. Ch. MBILE NGUEMA, « L'efficacité de la "politique" maritime africaine dans le contexte de l'économie bleue », *in* Patrick CHAUMETTE (coord.), *Wealth and Miseries of the Oceans: Conservation, Resources and Borders / Richesses et misères des océans : conservation, ressources et frontières*, Bilbao, Gomylex, 2018, pp. 97-116.

[4] A. CALIGIURI, « La Charte de Lomé comme instrument pour une nouvelle gouvernance maritime en Afrique », *Paix et sécurité européenne et internationale*, vol. 6, 2017, pp. 1-13.

espaces maritimes face à la pluralité des risques induits[5], la gouvernance des mers et des océans est dans cette perspective également souvent présentée comme la clef de la croissance par l'économie bleue[6]. Cette logique qui ouvre explicitement la voie à la gouvernance privée, d'ailleurs appelée de ses vœux par l'article 19 de la Charte de Lomé, place néanmoins ainsi inévitablement le continent africain face aux mirages de la croissance bleue.

La croissance bleue, nouvel avatar du développement durable (I), doit par conséquent faire l'objet d'une analyse critique qui aille au-delà des idées reçues ; comme en témoignent *les lessons learned du cas seychellois* (II), la croissance bleue est une stratégie destinée à être dupliquée (III), en application des postulats néolibéraux qui prônent la privatisation des mers et de leurs ressources. Comme l'ensemble de la communauté internationale, les peuples africains doivent donc prendre garde à bien distinguer le potentiel économique réel de leurs espaces maritimes des fausses promesses associées à l'émergence d'un colonialisme bleu[7].

I.- La croissance bleue, nouvel avatar du développement durable

La croissance bleue est *une variation de l'économie bleue* (A) et postule *une économicisation de la mer* (B).

A.- Une variation de l'économie bleue

Comme l'économie bleue, et *in fine* l'économie verte dont elle procède, la croissance bleue est *un concept aux multiples déclinaisons* (1), tout autant qu'*un by-product du néolibéralisme* (2).

1.- Un concept aux multiples déclinaisons

Stricto sensu, la croissance bleue est d'abord une stratégie de l'Union européenne, développée dans le cadre de la politique maritime intégrée en 2012, et en tant que telle intimement liée à l'économie bleue, puis revisitée via le concept d'économie bleue durable, dimension maritime du pacte vert pour l'Europe, en 2021. Popularisée notamment par les petits États insulaires en développement (PEID) dans le contexte post-Rio+20, elle s'est désormais imposée partout dans le monde, avec le soutien de l'ONU et en lien avec les objectifs du développement durable, en particulier l'objectif 14 dédié à la vie aquatique et intitulé « Conserver et exploiter de manière durable les océans, les mers et les ressources marines aux fins du développement durable », mais aussi de la FAO via son Initiative de Croissance bleue, et de la Banque mondiale.

[5] J. R. CHILDS, Christina C. HICKS, « Securing the Blue: Political Ecologies of the Blue Economy in Africa », *Journal of Political Ecology*, vol. 26, 2019, pp. 323-340.
[6] N. ROS, « Modern Law of the Sea: From Governance to Privatization », *Waseda Bulletin of Comparative Law*, vol. 37, 2019, pp. 11-34.
[7] N. ROS, « L'émergence d'un colonialisme bleu », *Neptunus*, vol. 27, 2021, pp. 1-16.

Croissance et économie bleues sont en réalité des concepts polymorphes et polysémiques, des objets-frontières[8], dont il n'existe pas de définition unique et agréée, et ce flou est d'ailleurs sans doute l'un des principaux facteurs de leur succès. Cette incertitude peut être utile et utilisée, ou instrumentalisée, par les promoteurs de ces concepts, développés dans différents contextes, et avec un sens fonctionnel qui insiste selon les cas sur la dimension économique, et renvoie à l'ensemble des secteurs d'activités liées à la mer, voire comme dans la définition de l'Union africaine en incluant les eaux douces et lacustres, ou adopte une approche plus globale alliant croissance économique, inclusion sociale et protection de l'environnement.

Cette acception de la croissance bleue est naturellement la plus séduisante, *a fortiori* pour un continent comme l'Afrique, où les attentes de développement sont aussi fortes que les perspectives associées. La croissance bleue est alors un nouvel avatar du développement durable supposé permettre de réconcilier le développement économique, le progrès social et les exigences environnementales ; le postulat est une dynamisation et une diversification du secteur maritime, au-delà de la maritimisation[9] et des seules activités liées à la navigation et à la pêche, grâce au développement des industries bleues qui sont autant de secteurs économiquement porteurs, tels l'*offshore*, les industries minières, les énergies marines renouvelables, ou les biotechnologies. Mais, en tant que telle, la croissance bleue est *un by-product du néolibéralisme*.

2.- Un by-product du néolibéralisme

Comme le droit international dont il participe, le droit de la mer appréhende traditionnellement les espaces maritimes par référence à la juridiction qu'exerce sur eux l'État côtier, comme *a contrario* via l'interdiction de toute forme d'appropriation publique s'agissant des espaces internationaux, et en premier lieu de la haute mer. Mais la marginalisation des États et la relativisation de leur rôle historique font désormais figure de nouveau paradigme, sous l'influence du courant économique *mainstream* et au motif de l'inefficience ainsi que de l'incurie supposées des acteurs publics. Plus efficace parce qu'obéissant à la rationalité du marché, la gouvernance privée et la privatisation qu'elle incarne sont donc autant de conséquences logiques et d'avatars contemporains, en termes de gestion comme de contrôle, de l'application des postulats néolibéraux aux espaces et ressources maritimes.

De la *Tragedy of the Commons* de Garrett Hardin à l'activisme contemporain des grandes ONG environnementales (ONGE), largement corporatisées et financées par les lobbys industriels via les *charitable trusts* et autres *foundations*, l'action privée apparaît le nouveau déterminant de la gouvernance globale des espaces maritimes dans laquelle s'inscrit

[8] M. S. SCHUTTER *et al.*, « The Blue Economy as a Boundary Object for Hegemony Across Scales », *Marine Policy*, vol. 132, 2021, pp. 1-8 ; P. TROMPETTE, D. VINCK, « Retour sur la notion d'objet-frontière », *Revue d'anthropologie des connaissances*, vol. 3, 2009, pp. 5-27.
[9] N. ROS, « Les nouveaux enjeux juridiques de la maritimisation », *Neptunus*, vol. 27, 2021, pp. 1-17.

naturellement la croissance bleue[10]. Mais il ne faut pas être dupe ; une telle approche est fondée sur le marché et participe d'un modèle essentiellement favorable aux grandes entreprises multinationales et aux intérêts capitalistiques. Elle n'est donc pas dédiée au bien commun, aux générations futures ou à la lutte contre la pauvreté, mais postule *une économicisation de la mer* qui tend à spolier les peuples au profit des investisseurs privés.

B.- Une économicisation de la mer

Sous couvert d'améliorer la gestion des activités halieutiques ou de préserver la biodiversité marine, ce mouvement conduit *in fine* à l'appropriation privée des mers et des océans, *via la marchandisation des ressources marines* (1) ou *via la planification spatiale marine* (2).

1.- Via la marchandisation des ressources marines

Non sans paradoxe, la dynamique de privatisation trouve son origine dans le nationalisme côtier qui a placé d'immenses espaces maritimes parfois riches de ressources, sous la juridiction d'États côtiers avides de tirer parti de la manne halieutique mais souvent dépourvus de tout moyen de surveillance[11]. Elle ne cherche d'ailleurs pas à remettre en cause les droits souverains que ces États possèdent sur les ressources de leur ZEE, sinon à transférer leur gestion au secteur privé, en postulant que la main invisible du marché est la solution miracle à la surexploitation des stocks.

Au mépris des succès de la co-gestion responsable comme des enjeux spécifiques à la pêche artisanale, la rhétorique néolibérale très largement dominante continue de véhiculer l'idée selon laquelle aucune autre option viable n'existe que la privatisation marchande des droits de pêche, via l'instauration de quotas individuels transférables (QIT)[12].

Si les quotas peuvent être appréhendés comme un avatar de l'appropriation publique, en tant qu'ils sont les instruments de la répartition des droits de pêche par l'État côtier, ils ne sont en principe traditionnellement pas transférables, tout au moins selon une logique purement économique. Généralement associés à une meilleure productivité des activités halieutiques, et participant à ce titre de la croissance bleue, soutenus par les grandes ONGE ainsi que par les organismes internationaux comme la Banque mondiale, les QIT participent donc d'une logique différente, puisqu'ils dépassent le principe de la *commodification* pour confiner à une véritable *marketisation*, aboutissant à une appropriation privée de la ressource.

---

[10] N. ROS, « Le régime juridique des espaces maritimes quarante ans après Montego Bay », *in* M.-P. LANFRANCHI (dir.), *La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Bilan et perspectives*, Aix-en-Provence, Confluence des droits, 2024, pp. 185-206.

[11] Nathalie ROS, « De l'appropriation publique à la privatisation des espaces maritimes et de leurs ressources », *Annuaire français des relations internationales*, vol. 21, 2020, pp. 615-628.

[12] N. ROS, « *Human Sea* : les pêcheurs face aux risques de privatisation des espaces maritimes et de leurs ressources », *in* A. CHARBONNEAU, O. FOTINOPOULOU-BASURKO, Fr. MANDIN (coord.), *Le travail et la mer. Liber amicorum en hommage à Patrick Chaumette*, Paris, Pedone, 2021, pp. 77-84.

Partout où ce système existe, au Nord (par exemple aux États-Unis, au Canada, en Nouvelle-Zélande, ou dans certains États d'Europe puisque l'Union européenne en fait un système possible) comme au Sud (au Chili, ou en Afrique du Sud où la mobilisation des petits pêcheurs a permis un retour en arrière partiel[13]), l'expérience montre en outre que, sans correctifs et même avec, la loi du marché conduit inévitablement à l'exclusion des petits pêcheurs artisanaux, et donc de la pêche locale, au bénéfice exclusif de la grande pêche industrielle, d'ailleurs souvent aux mains d'intérêts étrangers[14].

Outre qu'il n'est pas certain qu'une telle concentration capitalistique des droits de pêche soit de nature à enrayer effectivement la surexploitation des stocks, les QIT illustrent donc l'un des dangers de la croissance bleue car leur impact socio-économique ne doit pas être sous-estimé, *a fortiori* sur un continent comme l'Afrique où la pêche est une source de protéines incontournable, et dans la mesure où un tel système ne ferait qu'amplifier la captation des ressources nationales par des intérêts étrangers, de surcroît au détriment de la petite pêche locale de fait déjà lourdement concurrencée par la grande pêche industrielle.

Mais le processus d'économicisation de la mer va plus loin, car il conduit aussi à privatiser des espaces publics, *via la planification spatiale marine*.

2.- Via la planification spatiale marine

La planification de l'espace marin est intimement liée à l'économie bleue, car la multiplication des usages induit une relation différente à la mer ce qui va de pair avec la spatialisation fonctionnelle des espaces maritimes[15]. Même si la croissance bleue postule alors un développement économique partagé, la réalité est différente car se développe une inévitable concurrence pour l'espace maritime, entre les nouvelles industries bleues qui sont des activités fixes, mais aussi avec les usages traditionnels de la mer fondés sur la navigation, y inclus la pêche, c'est-à-dire sur la mobilité, et non sur une emprise portant sur de vastes espaces marins.

L'accès à l'espace maritime cesse d'être libre, et la planification spatiale marine (PSM) devient le cadre obligé dans lequel s'inscrivent impérativement toutes les activités en mer, instrument de gestion spatiale, visant à réduire les conflits, et à garantir la sécurité juridique nécessaire aux investissements, via un zonage de l'espace maritime et des concessions exclusives accordées aux opérateurs privés, souvent étrangers, généralement aux fins de l'exploitation des ressources minérales, et au moyen juridique de partenariats publics-privés pas toujours suffisamment attentifs aux intérêts de la communauté nationale, tant sur le plan des retombées économiques que de la protection de l'environnement.

---

[13] M. HARA, M. ISAACS, « Pêcheurs à petite échelle en Afrique du Sud : menaces et opportunités », *Alternatives Sud*, vol. 24, 2017, pp. 107-129.
[14] N. ROS, « La pêche durable dans le contexte de privatisation des mers », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, vol. 35, 2022, pp. 53-91.
[15] N. ROS, « La spatialisation fonctionnelle des espaces maritimes », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, vol. 36, 2023, pp. 35-73.

Nécessaire au développement de l'économie bleue, la planification spatiale marine est souvent présentée comme le préalable obligé de la croissance bleue, mais cette technique de gestion et de répartition spatiales ne peut être analysée de façon aussi positivement univoque, car elle peut également servir à légaliser la privatisation des espaces et la spoliation des ressources marines par des intérêts étrangers[16]. Fondée sur le principe du partenariat public-privé, la planification spatiale marine apparaît souvent un processus déséquilibré, en particulier dans les ZEE des États en voie de développement, qui n'ont pas forcément les moyens de résister aux pressions des acteurs privés, ONG ou investisseurs. L'expérience montre que l'État côtier n'est pas toujours le vrai décideur ; les retombées socio-économiques locales sont le plus souvent insignifiantes et la logique de ces partenariats concourt à entretenir un climat de corruption qui témoigne de leur caractère peu démocratique et dont les plus pauvres subissent inévitablement les conséquences.

Si l'Afrique est invariablement présentée par les institutions, telle la Banque mondiale, comme le cadre privilégié de la croissance bleue, via la mise en valeur de ses ressources marines vivantes et non vivantes, comme par l'exploitation de son potentiel touristique ou écosystémique, il convient donc d'être prudent… À quoi servirait le développement d'une économie bleue dont les Africains ne seraient pas les principaux bénéficiaires, sinon à permettre l'émergence d'un colonialisme bleu ainsi que le laissent pourtant malheureusement craindre *les lessons learned du cas seychellois*.

II.- Les *lessons learned* du cas seychellois

Dans son discours prononcé devant l'Assemblée de l'Union africaine en février 2019, Danny Faure, devenu Président de la République des Seychelles déclarait : « *Seychelles has achieved much in developing the Blue Economy so far and we are eager to share our lessons learned so that they can be replicated by other islands, coastal and other ocean countries and communities in Africa* »[17]. Les leçons du cas seychellois sont pourtant susceptibles d'une autre interprétation[18], moins politique mais plus pragmatique, quant à la future « reproduction »[19] dans d'autres États du continent d'une stratégie expérimentale, évoluant progressivement du *partenariat public-privé à la gouvernance environnementale privée* (A),

[16] N. ROS, « Estrategia "*Blue Growth*" y Retos de Privatización del Mar », *in* J. CABEZA PEREIRO, B. FERNÁNDEZ DOCAMPO (coord.), *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018, pp. 227-250.

[17] Union africaine, *Report of H. E. Danny Faure, President of the Republic of Seychelles and Leader for the Development of Blue Economy in Africa*, Assembly/AU/21(XXXII), Assembly of the Union, thirty-second ordinary session, 10-11 février 2019, Addis-Abeba, Éthiopie, § 20.

[18] N. ROS, « Les Seychelles, laboratoire de la privatisation des mers », *Neptunus*, vol. 26, 2020, pp. 1-19.

[19] Voir la version française : « 20. Les Seychelles ont réalisé beaucoup de progrès en ce qui concerne le développement de l'économie bleue et nous sommes impatients de partager les leçons apprises afin qu'elles puissent être reproduites par d'autres îles et pays côtiers, ainsi que par d'autres pays et communautés océaniques en Afrique ».

jusqu'à rendre possible une *privatisation des espaces et ressources nationales* (B).

A.- Du partenariat public-privé à la gouvernance environnementale privée

Emblématique, car plus avancée en termes de privatisation que tous *les précédents : AMP no take et tuna bond* (1), la solution mise en œuvre aux Seychelles, via *le recours à la technique du debt swap* (2), et citée en exemple par la Banque mondiale, peut pourtant être considérée comme la conséquence d'une situation d'endettement endémique à l'échelle continentale et mondiale.

1.- Les précédents : AMP no take et tuna bond

Pour être survenu dans un territoire relevant du continent africain, le cas le plus célèbre obéit à une logique sans doute différente de celle des Seychelles, puisque les intérêts en cause étaient essentiellement d'ordre géopolitique, quand même la sécurisation des espaces maritimes est un paramètre nécessaire au développement de l'économie bleue. L'affaire des *Chagos* a ainsi constitué un véritable électrochoc, de par ses suites judiciaires, mais surtout parce que la transformation de la ZEE de cet archipel, détaché de Maurice avant l'indépendance, en aire marine protégée (AMP) *no take*, proclamée par le Royaume-Uni en 2010, avait pour principal objectif d'empêcher le retour des Chagossiens sur leurs îles et de permettre ainsi le renouvellement de la concession américaine sur Diego Garcia. Pour s'inscrire dans le cadre d'une survivance coloniale classique, le partenariat public-privé avec un consortium d'ONG conduit par *Pew*, apparaît à la fois résulter d'une convergence équilibrée d'intérêts et pouvoir être de ce fait qualifié de gagnant-gagnant.

Sans lien géographique avec l'Afrique, le deuxième précédent est en définitive antérieur mais nettement moins connu ; il s'agit de la création de PIPA (*Phoenix Islands Protected Area*) par la République de Kiribati, en 2006, résultat d'un partenariat public-privé totalement déséquilibré entre le Gouvernement de ce petit État insulaire en développement du Pacifique et deux institutions privées américaines : *New England Aquarium* (NEAq) et *Conservation International* (CI). Initiée par les entités privées, la transformation d'une partie substantielle de la ZEE en AMP *no take*, sur laquelle l'État entend aujourd'hui revenir pour mettre en place une planification spatiale marine, s'est opérée via une succession d'actes juridiques allogènes, relevant partiellement du droit transnational[20], qui ont organisé un véritable transfert de souveraineté de l'État au *trust* constitué pour gérer les AMP et au sein duquel les investisseurs privés ont seuls le pouvoir

[20] Le *Phoenix Islands Protected Area Conservation Trust Act* a été formellement adopté par le Parlement de Kiribati, mais il a été rédigé par un cabinet d'avocat bostonien, de même que le *Conservation Agreement*, qui est un véritable contrat transnational pour lequel le Parlement n'a même pas été consulté, et dont le contentieux est soustrait aux juridictions locales et relève de l'arbitrage commercial international.

de décision, alors même que les liens avec l'exploitation des ressources minérales sont en l'occurrence de notoriété publique[21].

Le troisième précédent est africain et concerne l'émission d'obligations basées sur les activités maritimes. En 2013, le Mozambique a levé 850 millions de dollars US d'obligations souveraines, avec le soutien du Crédit suisse, pour financer le lancement de son entreprise nationale de pêche thonière. Ces obligations thon (*tuna bonds*) n'étaient pas *stricto sensu* des obligations bleues, mais elles s'inscrivaient pleinement dans le cadre conceptuel de l'économie bleue, puisqu'elles ont été vendues sous couvert de pêche durable. Le Mozambique s'est pourtant rapidement retrouvé proche de la faillite parce que cette entreprise thonière nationale n'a pas été en mesure de générer assez de revenus pour rembourser les investisseurs, dans un contexte rendu particulièrement défavorable par le coût élevé des frais bancaires et la surévaluation des revenus attendus, mais aussi par le manque de transparence et la corruption.

Chacun de ces trois précédents, considérés séparément ou globalement, est donc de nature à susciter le doute voire même de légitimes inquiétudes, même si les modalités et les contextes ne sont naturellement pas comparables, et ne reposent pas comme aux Seychelles sur *le recours à la technique du debt swap.*

2.- Le recours à la technique du debt swap

En 2008, la crise a en effet conduit les Seychelles aux limites de la banqueroute et à un défaut de paiement. C'est dans ce contexte qu'a été conclu, en 2015, un *debt swap* avec l'ONG environnementale *The Nature Conservancy* (TNC). Le principe est celui du *debt for nature swap* consistant à transformer la dette d'un État en financements dédiés à la conservation de la nature ; concrètement, cette opération prend alors la forme d'un rachat de la dette, aboutissant selon les cas à une remise, c'est-à-dire à une annulation totale ou partielle, et/ou à un crédit remboursable avec ou sans intérêts. Dans le cas des Seychelles, le *debt swap* représente un montant total de 21,6 millions de dollars US, réparti comme suit : 15,2 millions de prêts, 5 millions de subventions et 1,4 million de remise de dette[22]. Cet argent est géré par un *trust fund* qui est le *special purpose vehicle* du *debt swap*, c'est-à-dire une entité juridique spécialement créée pour centraliser les financements et agir au nom des différents investisseurs, mais qui est également en charge du remboursement du capital correspondant aux prêts, ainsi que du financement des actions de conservation de la biodiversité marine et d'adaptation au

[21] Le Docteur Gregory S. Stone, du *New England Aquarium*, qui a initié la négociation avec le Président de Kiribati, dès le début des années 2000, et obtenu la création de PIPA en 2006, est ultérieurement devenu *Chief Ocean Scientist* et membre du Conseil d'Administration de *Deep Green Resources*, une société canadienne spécialisée dans l'exploitation des fonds marins, laquelle s'est opportunément vue attribuer une licence de prospection dans la partie de la zone de fracture Clarion-Clipperton relevant de la juridiction de Kiribati, juste avant l'adoption du *Republic of Kiribati Seabed Minerals Act* en 2017.

[22] J. J. SILVER, L. M. CAMPBELL, « Conservation, development and the blue frontier: the Republic of Seychelles' Debt Restructuring for Marine Conservation and Climate Adaptation Program », *International Social Science Journal*, vol. 68, 2018, pp. 241-256.

changement climatique qui sont la contrepartie environnementale du *debt swap*.

Le *debt swap* n'est pas un effacement de dette, et les Seychelles devront rembourser les 15,2 millions de dollars au *trust* à l'échéance de dix ans et à un taux de 3 %, soit 17,7 millions, puis 6,4 millions à l'échéance de vingt ans et au même taux en rémunération des investisseurs, soit 8,6 millions, pour un total de 26,3 millions. En échange de la restructuration de sa dette, la République des Seychelles s'est engagée à améliorer sa politique et à investir dans la conservation de la biodiversité marine, notamment en confiant de fait la gestion de sa ZEE au *trust*, d'où une inévitable *privatisation des espaces et ressources nationales*[23].

B.- Une privatisation des espaces et ressources nationales

Justifiée par référence à l'économie bleue, la stratégie développée aux Seychelles participe de la dynamique contemporaine d'appropriation des mers et des océans, *via leur gestion privée* (1) ainsi que *via leur financiarisation* (2).

1.- Via leur gestion privée

La gestion de la ZEE des Seychelles est de fait sous le contrôle de TNC via le *trust fund* créé à cet effet, le SeyCCAT. C'est le Gouvernement des Seychelles qui a créé le *Seychelles Conservation & Climate Adaptation Trust* en 2015, sous la forme juridique d'un fonds fiduciaire, public-privé, indépendant, basé au niveau national. Dans la mesure où la contrepartie du *debt swap* est le placement de la zone économique exclusive des Seychelles sous le contrôle de fait du SeyCCAT, via la mise en place d'un schéma de planification spatiale marine et la création d'aires marines protégées sur au moins 30 % de sa superficie, dont la moitié sur le mode *no take*, la République des Seychelles a abdiqué une partie non négligeable de ses droits souverains, au profit du SeyCCAT qui est certes une entité de droit seychellois, mais sur laquelle le Gouvernement n'a pas de contrôle ni financièrement ni sur le plan managérial, les postes clefs étant aux mains de TNC.

Alors même qu'elle a perdu la gestion effective de sa ZEE, et que c'est TNC qui en est le véritable maître d'œuvre via le *trust fund*, la République des Seychelles n'a de cesse de justifier sa politique en matière maritime en termes d'économie bleue. La planification spatiale marine est ainsi présentée comme une initiative gouvernementale, via la *Seychelles Marine Spatial Plan Initiative*, mais elle est financée et opérationnalisée par TNC aux fins de servir de cadre aux stratégies et décisions du SeyCCAT. Bien que la planification spatiale marine, y inclus la création d'AMP *no take*, ait toujours été justifiée au nom de la conservation marine et de l'adaptation au changement climatique, elle est clairement inscrite dans une logique de croissance bleue, et l'exploitation pétrolière et minière n'a donc jamais été par principe exclue. Même si la proximité de TNC avec les industries liées aux hydrocarbures et aux terres rares n'est un secret pour personne, et si l'ONGE a déjà elle-même exploité des hydrocarbures dans une zone placée sous sa gestion,

[23] E. SEZNEC, « Main basse sur les Seychelles », *Revue XXI*, vol. 48, 2019, pp. 145-155.

l'information relative à l'autorisation des activités *offshore* n'a cependant pas manqué de susciter quelques légitimes interrogations, au début de l'année 2018. Il est de surcroît permis de se demander si les Seychelles ne risquent pas de se voir ainsi spolier de leurs ressources naturelles, *a fortiori via leur financiarisation*[24].

2.- Via leur financiarisation

Une nouvelle étape a en effet été franchie quelques mois plus tard avec l'émission d'obligations bleues souveraines par le Gouvernement seychellois. C'était la première fois qu'un État entreprenait de faire directement appel aux marchés financiers en lien avec la mer, et l'opération a été mise en œuvre avec l'aide de la Banque mondiale et du Fonds pour l'environnement mondial. Il s'agit d'un emprunt obligataire de 15 millions de dollars dont les titres ont été émis en placement privé auprès de trois fonds américains à impact, des investisseurs se présentant comme socialement responsables. Il doit servir à doter deux fonds gérés par le SeyCCAT et la Banque de développement des Seychelles, le *Blue Grants Fund* (3 millions de dollars) et le *Blue Investment Fund* (12 millions de dollars), lesquels sont dédiés au financement d'une utilisation durable des espaces marins et plus particulièrement à la transition vers une pêche durable, via l'extension des aires marines protégées, l'amélioration de la gouvernance des ressources halieutiques prioritaires et le développement de l'économie bleue des Seychelles. Non sans paradoxe, ce *blue bond* financera par conséquent aussi des industries bleues dont l'impact environnemental est loin d'être négligeable. Cette démarche d'économicisation et de marchandisation de la mer participe donc clairement d'*une stratégie destinée à être dupliquée.*

III.- Une stratégie destinée à être dupliquée

L'expérience seychelloise invite inévitablement à revisiter toutes les idées reçues sur l'économie bleue, ses bienfaits et ses promesses. Une démarche critique conduit alors à un double questionnement : *quelle croissance bleue pour l'Afrique ?* (A) ; et *quels enjeux pour les générations futures ?* (B).

A.- Quelle croissance bleue pour l'Afrique ?

Le premier des mirages associés à la croissance bleue est *une promesse de développement écologique* (1) *dans les zones économiques exclusives et en haute mer* (2), autant dire un jeu de dupes pour les peuples comme pour la communauté internationale.

[24] D. BENZAKEN *et al*., « From concept to practice: financing sustainable blue economy in Small Island Developing States, lessons learnt from the Seychelles experience », *Marine Policy*, vol. 163, 2024, pp. 1-11.

1.- Une promesse de développement écologique

En Afrique comme ailleurs, mais encore plus qu'ailleurs, la croissance bleue est vendue aux États, et/ou par les États, comme une promesse de développement, une croissance qui ne serait plus seulement économique, mais aussi inclusive socialement et respectueuse de l'environnement. C'est ainsi qu'elle est sincèrement comprise par les peuples, parce qu'elle correspond aux attentes de tout un continent confronté au paradoxe inversé de la richesse et de la pauvreté[25].

En termes de croissance bleue, l'Afrique possède un potentiel de développement économique remarquable, du fait de ses littoraux et de ses écosystèmes, en lien avec le tourisme côtier ou le transport maritime[26], mais en premier lieu de par les ressources marines vivantes et non vivantes des espaces maritimes placés sous la juridiction de ses États côtiers[27]. Les enjeux concernent donc la gestion de ces vastes ZEE, prospectivement via la Zone économique exclusive maritime commune de l'Afrique (CEMZA), dont la création a été décidée en 2014 dans le cadre de la Stratégie africaine intégrée pour les mers et les océans à l'horizon 2050, et dont l'instauration est prévue pour 2030[28]. Mais la croissance bleue postule aussi l'exercice effectif des droits que les États africains possèdent sur leurs plateaux continentaux, jusqu'à 200 milles marins comme au-delà. Le potentiel d'extension est réel à l'échelle du continent, mais l'obstacle est d'ordre matériel car les États africains sont naturellement confrontés à des difficultés pratiques, financières et techniques, pour construire leurs dossiers à destination de la Commission des limites du plateau continental[29]. C'est un des secteurs où les mirages associés à la croissance bleue peuvent s'avérer particulièrement trompeurs, car les États doivent se garder de partenariats, en particulier publics-privés, qui pourraient obérer l'exercice effectif de leurs droits futurs au bénéfice d'intérêts étrangers.

D'autres perspectives légitimes résident dans la participation des États africains à l'exploitation des ressources des espaces internationaux, mais elles se heurtent là aussi à un déficit de moyens scientifiques et financiers, dans un domaine où les investissements sont lourds et les retours attendus à relativement long terme. Bien que les États africains parties à la Convention

---

[25] K. MESSIGA, « Quelle gouvernance pour une exploitation durable des ressources marines en Afrique ? », *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, vol. 35, 2022, pp. 107-130.

[26] Voir dans le présent ouvrage, K. MESSIGA, « Le transport maritime en Afrique face aux exigences de la protection de l'environnement marin ».

[27] Sur 55 États africains, 39 sont des États côtiers. Les ZEE africaines s'étendent sur quelque 13 millions de km², avec un plateau continental d'environ 6,5 millions de km².

[28] A. CALIGIURI, « L'établissement de la Zone Exclusive Maritime Commune de L'Afrique (CEMZA) et ses implications sur le régime juridique de la ZEE », *in* Angela DEL VECCHIO, Fabrizio MARRELLA (eds.), *International Law and Maritime Governance. Current Issues and Challenges for the Regional Economic Integration Organizations / Droit international et gouvernance maritime. Enjeux actuels et défis pour les organisations régionales d'intégration économique / Diritto Internazionale e Governance Marittima. Problemi Attuali e Sfide per le Organizzazioni di Integrazione Economica Regionale*, Cahiers de l'Association internationale du Droit de la Mer, Naples, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 287-296.

[29] S. Y. NTOLA, « Africa and the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles: Developments and Challenges », *South African Yearbook of International Law*, vol. 42, 2017, pp. 169-199.

des Nations Unies sur le droit de la mer soient membres de l'Autorité internationale des fonds marins, et que le concept de patrimoine commun de l'humanité ait pu originellement leur apparaître favorable, aucun État africain n'est à ce jour impliqué, directement ou indirectement, dans l'exploration comme dans la future exploitation des fonds marins[30]. Quand même ce serait le cas, il ne pourrait malheureusement s'agir que d'un patronage de complaisance, comparable à ceux qu'accordent déjà des PEID, mais les peuples du continent n'auraient donc rien à y gagner en termes de développement économique durable. Une logique comparable prévaut en haute mer, notamment au regard des perspectives associées aux ressources génétiques marines (RGM) ; si les États africains sont naturellement favorables à une inscription des RGM au patrimoine commun de l'humanité comme à des mécanismes forts de transferts de technologie et de partage, y compris monétaire, des avantages, le précédent de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer invite à être lucide, et à ne pas trop espérer de l'Accord se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale. De par sa dimension conservationniste, l'Accord BBNJ (*Biodiversity Beyond National Jurisdiction*), adopté le 19 juin 2023, relève en effet du droit de la mer post-nouveau[31] emblématique de l'Anthropocène[32], et rejoint de ce fait la dynamique contemporaine de privatisation[33] à l'œuvre *dans les zones économiques exclusives et en haute mer*.

2.- Dans les zones économiques exclusives et en haute mer

Pour les partisans de la privatisation des espaces et des ressources maritimes, l'exemple seychellois est clairement présenté comme un modèle à suivre, susceptible d'être répliqué, sinon vendu clef en main, par référence à la croissance bleue. Dès 2018, TNC avait annoncé ce qu'elle dénommait alors

[30] E. EGEDE, « African States and Participation in Deep Seabed Mining: Problems and Prospects », *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 24, 2009, pp. 683-712.

[31] N. ROS, « Nouveau ou post-nouveau, le droit international de la mer est-il sécurisant ? », *in* S. DOUMBÉ-BILLÉ, H. BEN MAHFOUD, K. NERI (dir.), *Le droit international actuel est-il sécurisant ?*, Naples, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 357-380 ; Nathalie ROS, « L'évolution du droit de la mer : du nouveau droit de la mer au droit de la mer post-nouveau », *in* A. CALIGIURI, G. CATALDI, Nathalie ROS (dir.), *L'évolution du droit de la mer : réflexions à l'occasion du 20e anniversaire de l'AssIDMer (2001-2021) / The Evolution of the Law of the Sea: Reflections on the Occasion of the 20th AssIDMer Anniversary (2001-2021)*, Cahiers de l'Association internationale du Droit de la Mer, Naples, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 11-19.

[32] N. ROS, « Le droit international de la mer à l'épreuve de l'Anthropocène », *Journal du droit international Clunet*, vol. 150, 2023, pp. 409-437 ; Nathalie ROS, « La problemática de la privatización de los mares en un escenario de transición ecológica y digital », *in* G. OANTA (dir.), *Los derechos humanos en el mar ante los desafíos de la transición ecológica y digital*, Barcelone, Editorial Bosch, 2023, pp. 151-184.

[33] N. ROS, « La privatisation des mers et des océans : du mythe à la réalité », *in* N. CHAUMETTE (coord.), *Transforming the Ocean Law by Requirement of the Marine Environment Conservation / Le droit des océans transformé par l'exigence de conservation de l'environnement marin*, Madrid, Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 2019, pp. 169-187.

son « *audacious plan* », résidant dans la multiplication du schéma expérimenté aux Seychelles, et officiellement présenté en 2021 comme concernant potentiellement plus de 20 États, dont plusieurs États africains, tels que le Kenya. Si ce plan s'est d'abord concrétisé dans les Caraïbes en 2021 (Belize) et 2022 (Barbade), c'est en 2023[34] qu'un tel accord a été effectivement conclu avec un État africain, le Gabon[35].

Nombreux sont dans le monde, et notamment en Afrique, les États endettés en quête de développement ; pour l'ensemble de ces États, l'économie bleue est une promesse, dès lors qu'ils sont dotés d'espaces maritimes substantiels mais ne possèdent pas les capacités matérielles de leur exploitation ; ces États sont également souvent plus vulnérables en termes de préservation de la biodiversité comme au regard du changement climatique. Ils sont donc des cibles pour les lobbys et les ONGE qui instrumentalisent la protection environnementale au service des intérêts économiques, dans l'ambiguïté de leurs relations de dépendance financière et organique avec le secteur industriel, en particulier l'*offshore* et les terres rares.

Le partenariat public-privé est alors, dans tous les cas, présenté comme le vecteur instrumental de la croissance bleue. Il peut permettre de procéder à un *debt swap* sous couvert de transférer la gestion de tout ou partie de la ZEE à une ONG ou à un *trust fund*, mais aussi de mettre en œuvre une planification spatiale marine, c'est-à-dire un zonage qui combine la proclamation d'AMP *no take* et l'exploitation des richesses, y compris minérales et minières, voire la financiarisation des espaces et des ressources sur le marché obligataire ; autant de techniques prônées par les acteurs privés mais aussi par certaines institutions publiques, et en premier lieu par la Banque mondiale qui a toujours explicitement affirmé sa volonté de voir l'exemple seychellois répliqué, *a fortiori* sur le continent africain, « au bénéfice » des petits États insulaires en développement et des États côtiers les moins développés[36].

La pratique montre cependant que le partenariat public-privé incarne alors un rapport de forces totalement déséquilibré, selon un procédé qui n'est pas sans rappeler les contrats léonins du droit civil et les traités inégaux du droit international classique. Si les bénéfices de l'économie bleue existent, il n'est donc pas certain qu'ils servent à la croissance et au développement durable des États côtiers. Pour être encore prospective au-delà des juridictions nationales, la même dynamique appropriative se profile d'ailleurs en haute mer. L'Accord BBNJ peut en effet être appréhendé comme un exemple particulier de partenariat public-privé, et une tentative de réplication adaptée

[34] La même année, une autre ONGE impliquée dans la privatisation des mers et le colonialisme bleu, *Pew*, a pour la première fois conclu un échange de dettes du même type, avec l'Équateur, afin de financer la « conservation perpétuelle » dans la réserve marine des Galápagos.

[35] A. STANDING, « Gabon's Odious Debt-for-ocean Swap: The Implications for Ocean Governance », *CFFA*, 15 novembre 2023.

[36] Sur les stratégies de la Banque mondiale et/ou des ONG en Afrique, voir : R. DUFFY, « Non-Governmental Organisations and Governance States: The Impact of Transnational Environmental Management Networks in Madagascar », *Environmental Politics*, vol. 15, 2006, pp. 731-749 ; G. HARRISON, « The World Bank, Governance and Theories of Political Action in Africa », *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 7, 2005, pp. 240-260.

des procédés mis en œuvre dans les ZEE. Quels sont alors les *enjeux pour les générations futures ?*

B.- Quels enjeux pour les générations futures ?

Le mirage de la croissance bleue est sans doute lié aux fausses promesses de développement durable, susceptibles d'obérer l'avenir et de priver les générations futures de leur droit à la mer comme bien commun[37], *via une gouvernance privée des océans* (2.1) propice à *l'émergence d'un colonialisme bleu* (2.2).

1.- Une gouvernance privée des océans

Concept de son temps, l'économie bleue s'inscrit pleinement dans le contexte néolibéral actuel ; tirant argument de l'inopérance supposément ontologique de toute gestion publique, elle postule donc de valoriser l'action privée, d'une manière générale, comme de façon plus spécifique en Afrique, un continent où les appareils étatiques souffrent d'un défaut de moyens financiers, humains et logistiques. Présentée comme plus performante, justifiée en termes de gestion, de contrôle, comme d'investissements, la gouvernance privée figure alors la solution d'avenir conditionnant la croissance bleue attendue.

Appliquée aux océans, la technique consiste à transférer à une ONGE, et/ou à un *trust* chargé de la gestion courante, l'exercice de tout ou partie des droits souverains que l'État côtier détient sur ses espaces maritimes et sur leurs ressources. La procédure est *a priori* conforme au droit international, même si le cas seychellois montre à quel point la souveraineté de l'État et son consentement peuvent en pratique être contraints, et si l'exemple de Kiribati témoigne d'une tendance encore plus radicale à extraterritorialiser le processus, via un contrat transnational dont les termes sont imposés à l'État et dont le contentieux échappe à ses juridictions. En théorie, les espaces maritimes demeurent sous la juridiction de l'État, mais en pratique le pouvoir de décision appartient effectivement aux acteurs privés, et les intérêts économiques contrôlent ainsi, directement ou indirectement, la gestion et l'exploitation des ressources qui s'opèrent principalement, pour ne pas dire essentiellement, à leur bénéfice[38]. Aux Seychelles, et dans tous les États où il a d'ores et déjà été répliqué, le processus va plus loin puisque des obligations bleues souveraines ont été émises par l'État, ce qui contribue à une financiarisation des espaces et des ressources, selon une logique de marché qui rappelle le paiement des services écosystémiques, emblématique de la dynamique d'économicisation de la nature, mais conduit à une dépossession de fait et induit des risques au moins potentiels en termes de solvabilité ultérieure de l'État.

---

[37] N. ROS, « Le droit fondamental des générations futures à la mer comme bien commun », *in* N. GUILLET (dir.), *Mer et droits fondamentaux de la personne humaine*, Paris, LGDJ, 2022, pp. 151-176.

[38] N. ROS, « L'appropriation et la marchandisation des espaces maritimes et de leurs ressources », *in* A. DE RAULIN, A. BAYEN-POISSON (dir.), *La conquête des espaces maritimes et les nouveaux défis de l'environnement*, Paris, L'Harmattan, 2025, pp. 17-62.

S'agissant de la haute mer, et plus particulièrement des AMP, entendues comme instruments de planification spatiale, l'Accord BBNJ n'aborde les questions de gouvernance que du point de vue de la prise de décision, mais pas de la gestion. Dans le cas d'espaces situés au-delà des zones sous juridiction nationale et en dehors de toute juridiction publique, une future implication des acteurs privés sur le modèle des précédents existant dans les zones sous juridiction paraît une solution opérationnelle réaliste, d'autant que les lobbys et les ONGE qui ont initié cette dynamique dans les ZEE ont également milité activement en faveur de cette négociation. Les démarches sont en définitive convergentes, dans un contexte global propice à *l'émergence d'un colonialisme bleu*[39].

2.- L'émergence d'un colonialisme bleu

Les États voient ainsi leur rôle subsidiarisé au profit des acteurs privés ; ils restent formellement titulaires des droits que le droit international leur confère, individuellement dans leurs espaces maritimes, et collectivement dans les espaces internationaux. La Zone demeure le patrimoine commun de l'humanité, mais l'exploitation de ses ressources s'opère selon une logique néolibérale classique, fortement capitalistique et productiviste, quand même la protection environnementale obéit à une logique économique, et il en ira sans nul doute de même demain en haute mer.

La pratique développée dans les ZEE montre cependant clairement que les maîtres d'œuvre sont les acteurs privés, et en premier lieu ces grandes ONGE, aussi fortement corporatisées que capitalisées, conformément à la tradition anglo-saxonne et nord-américaine. Non sans cynisme, ces organisations s'autoproclament représentatives de la société civile. Mais il ne faut pas être dupe de la facilité avec laquelle les nouveaux moyens de communication permettent à ces ONG globales de se livrer à de gigantesques opérations de manipulation collective. Elles ne fonctionnent pas démocratiquement et ne représentent pas plus l'opinion publique que les générations futures, sinon les intérêts des acteurs privés qui les financent et siègent dans leur conseil d'administration.

À l'échelle de l'Afrique, la diffraction apparaît encore plus criante, car les intérêts, les personnes, les capitaux, les idéaux sont ceux des pays riches ; ils ignorent la réalité du continent, et sont en total décalage avec les attentes des populations locales. Ces ONG incarnent une dangereuse forme d'oligarchie qui instrumentalise les promesses de la croissance bleue, au profit d'une sorte d'écocolonialisme et au service de la spoliation des richesses dont l'Afrique a cruellement besoin pour se développer.

***

[39] Nathalie ROS, « What is Blue Colonialism? », *Peace & Security, Paix et sécurité internationales*, vol. 12, 2024, pp. 1-57.

Toute marginalisation de l'État prive en définitive les citoyens de leurs moyens d'action, et en premier lieu des acquis d'un État de droit et d'une démocratie dont elle ne favorise pas l'avènement sur le continent, quand toute relativisation du droit international empêche également les États de jouir effectivement des garanties que leur confèrent l'égalité souveraine et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes[40]. La réversibilité des processus de gouvernance privée est par conséquent au cœur du débat relatif au colonialisme bleu… Il est d'autant plus vital de ne pas céder aux mirages, car il n'est peut-être pas trop tard pour inventer un autre modèle de croissance bleue, dans le respect des souverainetés et de l'environnement, au bénéfice des peuples et des générations futures, en Afrique comme ailleurs dans le monde.

[40] N. ROS, « Le droit international public à l'épreuve de la privatisation », *Revue de droit d'Assas*, vol. 25, 2023, pp. 166-174.

LE DIALOGUE TRANSNATIONAL COMME VECTEUR POTENTIEL DE LA CONSTRUCTION DE LA JUSTICE CLIMATIQUE DANS LES PETITS ÉTATS INSULAIRES EN DÉVELOPPEMENT DE L'AFRIQUE DE L'EST

Aurélie MENDOZA SPINOLA

Senior Lecturer in Law, School of Business and Law,
Middlesex University Mauritius,
Membre de l'Indian Ocean Research Group,
Membre associée du Centre de recherches juridiques
de l'Université de la Réunion

L'accélération des effets du changement climatique a profondément renouvelé les termes du débat juridique international. Les travaux scientifiques les plus récents du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC)[1] confirment que les petits États insulaires en développement (PEID) figurent parmi les territoires les plus exposés aux conséquences du dérèglement climatique, qu'il s'agisse de l'élévation du niveau de la mer, de la multiplication des événements météorologiques extrêmes, de la dégradation des écosystèmes marins ou encore des limites croissantes de l'adaptation. Cette vulnérabilité particulière a progressivement déplacé le centre de gravité des négociations climatiques vers des enjeux de responsabilité, d'équité, d'adaptation et, plus récemment, de pertes et préjudices. Elle s'est également traduite par une évolution significative du droit international, marquée tant par la multiplication des contentieux climatiques que par les récents avis consultatifs des juridictions internationales, lesquels témoignent d'une reconnaissance croissante des obligations juridiques pesant sur les États en la matière. Dans ce contexte, la justice climatique s'impose désormais comme l'un des principaux cadres d'analyse permettant d'appréhender les réponses juridiques adaptées aux PEID.

La notion de justice climatique est flexible et pourrait être qualifiée de notion à géométrie variable. Elle n'est pas formellement définie, mais est usuellement identifiée selon deux de ses principaux aspects : premièrement, un aspect substantiel qui porte sur la matérialisation d'un principe d'équité. Cette équité est soit intergénérationnelle (visant la protection de l'intérêt des générations futures) soit intra-générationnelle. L'existence de vulnérabilités

[1] GIEC (IPCC), *Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Genève, IPCC, 2023.

spécifiques de certains territoires fait partie des revendications liées à ce combat[2].

Sous cet angle substantiel, la justice climatique s'inscrit dans le cadre plus large d'une réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) et d'une atténuation des impacts climatiques, prenant en considération la nécessité d'une adaptation équitable pour les pays les plus exposés. Pour les pays les moins avancés (PMA) et les petits États insulaires en développement (PEID), ce concept prend tout son sens, car ces pays, bien que faiblement émetteurs, subissent les effets les plus graves du changement climatique. Ces catégories de pays sont particulièrement représentées dans la région africaine. Selon la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED), 33 des 54 pays du continent africain sont considérés comme des PMA, auxquels s'ajoutent six PEID : le Cap-Vert, les Comores, la Guinée-Bissau, Maurice, São Tomé-et-Principe et les Seychelles.

Par ailleurs, cette dimension substantielle de la justice climatique s'est récemment enrichie des développements relatifs aux pertes et préjudices (« *Loss and Damage* »). Longtemps cantonnée aux négociations internationales, cette problématique a connu une avancée majeure avec la décision adoptée lors de la COP27 de créer un fonds dédié aux pertes et préjudices, puis avec son opérationnalisation progressive lors des COP28 et COP29. Pour les PEID, cette évolution traduit la reconnaissance croissante d'une injustice structurelle : celle de subir de manière disproportionnée les conséquences d'un phénomène auquel ils ont historiquement très peu contribué. Si la question des pertes et préjudices demeure principalement appréhendée sous un angle financier, elle participe plus largement à la construction d'une justice climatique différenciée fondée sur la vulnérabilité particulière de certains territoires[3].

Le deuxième visage de la justice climatique est procédural, au sens contentieux[4]. Il est révélé par l'engouement citoyen pour la défense du climat au travers de diverses actions en justice. Depuis l'affaire *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* de 2007[5] aux États-Unis aux dénouements de l'*Affaire du Siècle*[6] en France en passant par les célèbres décisions

[2] Voir notamment l'affaire *Greenpeace South-Est Asia v. Carbon Majors* devant la Commission des droits de l'homme des Philippines. Pour un commentaire de cette affaire, voir Marine DENIS, « *Greenpeace Asie du Sud-Est c. Carbon Majors* (2015-2020). Les obligations des droits humains face aux dégâts causés par les *carbon majors* : le travail de la Commission des droits humains des Philippines », *in* Ch. COURNIL (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2020, pp. 503-519.

[3] J. HUBER, U. MURRAY, « Turning climate justice into practice? Channeling loss and damage funding through national social protection systems in climate-vulnerable countries », *WIREs Climate Change*, vol. 15, 2024, pp. 1-21.

[4] C'est principalement sur ce second aspect que portera cette contribution.

[5] US Supreme Court, *Massachusetts v. Environmental Protection Agency (EPA)*, 2 avril 2007, 549, US 497.

[6] TA Paris, *Oxfam France*, *Notre affaire à tous*, *Fondation pour la nature et l'homme et Greenpeace France*, n° 1904967, 3 février 2021. Pour des commentaires de cette affaire, voir : AJDA 2021. 239 ; D. 2021. 240, obs. J.-M. PASTOR ; *ibid*., 709, chron. Hakim GALI ; *ibid*., 1004, obs. G. LERAY et V. MONTEILLET ; JA 2021, n° 634, p. 12, obs. X. DELPECH ;

Leghari[7] en Inde, *Urgenda*[8] et *Milieudefensie*[9] aux Pays-Bas, *Gloucester*[10] en Australie, ou *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*[11] de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), les dernières décennies ont pu témoigner d'une véritable déferlante contentieuse en matière climatique. Confrontant l'action publique et privée à l'urgence climatique sous le prisme de la responsabilité et des droits de l'homme, ces affaires ont porté la protection du climat au cœur du débat public. Au Nord comme au Sud, on assiste à une montée en puissance de ces contentieux dont les spécificités techniques ne manquent pas d'ébranler le droit existant. L'effet d'entraînement aidant, les portes du prétoire se sont de plus en plus ouvertes pour accueillir ce nouveau type de contentieux dont les stratégies ne cessent de se sophistiquer[12]. C'est alors un véritable dialogue transnational des juges qui s'instaure, permettant une définition des contours de la justice climatique à l'échelle globale et locale.

Parallèlement à cette montée en puissance des contentieux climatiques, une dynamique consultative sans précédent s'est développée devant les juridictions internationales. Saisi par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international (COSIS), le Tribunal international du droit de la mer a rendu le 21 mai 2024 un avis consultatif historique[13] reconnaissant que les émissions anthropiques de gaz à effet de serre peuvent constituer une pollution du milieu marin au sens de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et a confirmé l'existence d'obligations de diligence renforcées à la charge des États. Dans le même mouvement, en 2025, la Cour interaméricaine des droits de l'homme

---

AJCT 2021. 255, obs. M. MOLINER-DUBOST ; RFDA 2021, 747, note A. VAN LANG, A. PERRIN et M. DEFFAIRI.

[7] Haute Cour de Lahore, *Leghari c. Fédération du Pakistan*, affaire nº 25501/2015, ordonnance du 4 septembre 2015.

[8] Cour d'appel de La Haye, *Urgenda c. Pays-Bas,* affaire n° 200.178.245/01, 9 octobre 2018 ; Cour Suprême des Pays-Bas, *Hoge Raad,* affaire n° 19/00135, 12 décembre 2019. Voir également A.-S. TABAU, Ch. COURNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique : Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, *Fondation Urgenda contre Pays-Bas* », *Revue juridique de l'environnement,* vol. 4, 2015, pp. 674-695.

[9] A.-M. ILCHEVA, « Condamnation de Shell aux Pays-Bas : la responsabilité climatique des entreprises pétrolières se dessine », D. 2021, p. 1968.

[10] Nouvelle-Galles du Sud, Land and Environment Court, *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*, [2019] NSWLEC 7, 8 février 2019.

[11] Cour EDH, Gr. Ch., *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse*, requête n° 53600/20, 9 avril 2024. Cette décision marque une étape particulièrement importante dans la construction contemporaine de la justice climatique. Pour la première fois, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que l'insuffisance de l'action climatique étatique pouvait constituer une violation des obligations positives découlant de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour affirme notamment l'existence d'un droit à une protection effective contre les effets graves du changement climatique et consacre l'obligation pour les États de mettre en place un cadre réglementaire cohérent permettant d'atteindre leurs objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Au-delà de sa portée européenne, cette décision constitue désormais un point de référence incontournable dans le dialogue transnational des juges en matière climatique.

[12] J. PEEL, H. OSOFSKY, A. FOERSTER, « A "Next Generation" of Climate Change Litigation?: An Australian Perspective », *Oñati Socio-Legal Series*, 2018, pp. 1-33.

[13] TIDM, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*, avis consultatif du 21 mai 2024, affaire n° 31.

a rendu un avis consultatif sur l'urgence climatique et les droits humains[14], suivie par la Cour internationale de Justice, qui a rendu un avis consultatif sur les obligations des États en matière de changement climatique[15]. Ces procédures témoignent d'une mutation profonde du contentieux climatique : aux recours individuels et collectifs s'ajoute désormais une mobilisation croissante de la fonction consultative des juridictions internationales comme vecteur de clarification du droit international et de consolidation de la justice climatique mondiale.

De manière générale, on constate que les contentieux semblent quantitativement plus importants au Nord qu'au Sud. Une recherche dans les bases de données en ligne montre cet écart. Sur ECOLEX[16], en restreignant la recherche aux jurisprudences pour les régions de l'Afrique, de l'Europe et de l'Amérique du Nord, on obtient comparativement des résultats drastiquement différents[17]. Cette faiblesse du nombre n'est pas pour autant symptomatique d'un retard de fond des pays africains en la matière, mais plutôt d'une couverture médiatique et académique limitée de ces affaires pour la région[18]. À cela s'ajoute le fait que des stratégies complémentaires (à savoir non contentieuses) sont aussi mobilisées par les acteurs[19]. Ainsi, sur SAFLII, pour l'entrée « *climate change* » un résultat de 85 décisions est obtenu pour toutes juridictions et tous pays africains confondus, les décisions émanant toutes de juridictions sud-africaines[20].

La même tendance s'observe au sein de la catégorie des PEID[21]. Les faibles développements contentieux et la rareté des recherches sur le sujet sont les principales raisons pour lesquelles il paraît important de faire la lumière sur ces pays. Certes, certains travaux ont été menés sur la thématique

[14] Cour interaméricaine des droits de l'homme, Emergencia Climática y Derechos Humanos, avis consultatif OC-32/25 du 3 juillet 2025, Série A n° 32.
[15] CIJ, *Obligations des États en matière de changement climatique*, avis consultatif du 23 juillet 2025, *CIJ Recueil 2025*.
[16] ECOLEX est un service d'information sur le droit de l'environnement, géré conjointement par la FAO, l'UICN et le PNUE.
[17] En date du 26 juin 2026, pour les mots-clés « *climate change* » : 28 jurisprudences pour l'Afrique contre 261 pour l'Europe et 108 pour l'Amérique du Nord. Pour « *Paris Agreement* », 11 pour l'Afrique contre 94 pour l'Europe et 14 pour l'Amérique du Nord. Pour « UNFCCC », 14 pour l'Afrique et 142 pour l'Europe et 62 pour l'Amérique du Nord.
[18] K. BOUWER, U. ETEMIRE, T.-L. FIELD, A. OLUBORODE JEGEDE, « Africa, Climate Justice and the Role of the Courts », *in* K. BOUWER, Uzuazo ETEMIRE, T.-L. FIELD, A. OLUBORODE JEGEDE (eds.), *Climate Litigation and Justice in Africa*, Bristol, Bristol University Press, 2024, pp. 1-14.
[19] E. D. KAM YOGO, « Exploring Climate Justice in Cameroon: Challenges and Prospects », *in* Kim BOUWER, Uzuazo ETEMIRE, Tracy-Lynn FIELD, Ademola OLUBORODE JEGEDE (eds.), *Climate Litigation and Justice in Africa*, *op. cit*., pp. 103-106.
[20] SAFLII (*Southern African Legal Information Institute*) est une base de données juridique en ligne qui fournit un accès gratuit aux décisions judiciaires, lois et autres documents juridiques de plusieurs pays d'Afrique australe.
[21] Si les contentieux sont plus abondants dans les PEID d'Asie et du Pacifique, il n'en va pas de même pour ceux d'Afrique. En 2021, 58 affaires ont été identifiées dans 18 pays du Sud global : 32 ont été portées devant les juridictions d'Amérique latine et des Caraïbes, 18 en Asie et 8 en Afrique. Voir à cet égard J. SETZER, C. HIGHAM, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2021 Snapshot. Policy Report*, Londres, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, 2021, p. 11.

du développement des contentieux climatiques dans le Sud global[22] et, plus particulièrement, dans les PEID de l'océan Indien[23], mais la réflexion mérite encore d'être approfondie. Par ailleurs, la justice climatique peut facilement être, pour ces pays, réduite à une problématique financière – qu'il s'agisse des pertes et préjudices ou du transfert de fonds nécessaires à l'adaptation. Pourtant, elle ne saurait, pour ces territoires, s'épanouir dans ce seul prisme. Enfermer le débat dans ces seules thématiques – dont il ne s'agit nullement ici de minorer l'importance – priverait, en définitive, la concrétisation de la justice climatique de toute la richesse qu'elle recèle. Par ailleurs, le recours croissant aux procédures consultatives devant les juridictions internationales et régionales démontre l'actualité de ce sujet, comme l'illustre la demande d'avis consultatif introduite devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en 2025 concernant les obligations climatiques des États africains[24].

La situation juridique des PEID africains est unique, car ils se trouvent à la croisée des systèmes de *common law* et de droit civil. Un défrichage juridique est donc nécessaire pour comprendre comment ces systèmes peuvent influencer les décisions climatiques et inversement, dans le but d'encourager une justice climatique adaptée. Le format qui est le nôtre ne nous permettant pas d'envisager l'ensemble de ces pays, notre champ d'étude se limitera à trois PEID de l'Afrique de l'Est, à savoir la République de Maurice (Maurice), la République des Seychelles (les Seychelles) et l'Union des Comores (les Comores).

La République de Maurice est géographiquement constituée d'un groupe d'îles situé dans le sud-ouest de l'océan Indien, comprenant l'île principale de Maurice ainsi que Rodrigues, Agalega, Saint Brandon, Tromelin et l'archipel des Chagos[25]. Son territoire couvre 2 040 kilomètres carrés, avec une zone économique exclusive d'environ 2,3 millions de kilomètres carrés. Le pays est très vulnérable aux effets du changement climatique, notamment aux cyclones intenses, raz-de-marée anormaux, sécheresses prolongées, crues soudaines et hausse des températures marines.

Les Seychelles sont un archipel de l'océan Indien occidental, situé entre 3 et 10 degrés de latitude sud et 46 et 57 degrés de longitude est, à environ 1 600 km à l'est du Kenya. Le pays a une superficie terrestre de 455

[22] J. PEEL, J. LIN, « Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South », *American Journal of International Law*, vol. 113, 2019, pp. 679-726.

[23] Voir le numéro « Justice climatique : perspectives des îles de l'Océan Indien », dirigé par A. MENDOZA-SPINOLA, A.-S. TABAU, K. APPADOO et J. COLOM, de la *Revue juridique de l'Océan Indien*, vol. 31, 2021.

[24] Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Demande d'avis consultatif présentée par l'Union panafricaine des avocats relative aux obligations des États concernant la crise du changement climatique*, demande d'avis consultatif n° 001/2025 (affaire pendante).

[25] Voir : Tribunal arbitral constitué conformément à l'annexe VII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos (République de Maurice c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)*, sentence du 18 mars 2015, PCA Case No. 2011-03 ; Tribunal international du droit de la mer (Chambre spéciale), *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre Maurice et les Maldives dans l'océan Indien (Maurice/Maldives),* exceptions préliminaires, affaire n° 28, arrêt du 28 janvier 2021 ; Niccolò LANZONI, « The Authority of ICJ Advisory Opinions as Precedents: The Mauritius/Maldives Case », *Italian Review of International and Comparative Law*, vol. 2, 2022, pp. 296-322.

km² et une zone économique exclusive (ZEE) couvrant 1,374 million de kilomètres carrés. En raison de cette vaste ZEE, les Seychelles sont perçues comme un grand État océanique en développement, dont les ressources marines sont essentielles pour l'Agenda 2030 et les Objectifs de développement durable. L'archipel est composé de 115 îles, dont 42 granitiques, situées dans un rayon de 56 km autour de Mahé, l'île principale. Mahé, la plus grande île (145 km²), abrite la capitale, Victoria. Les îles coralliennes, situées au nord et au sud, sont plus plates et constituées de récifs coralliens à divers stades de formation, incluant Bird, Denis, les Amirantes, Alphonse, Coëtivy et les groupes Aldabra, Cosmoledo et Farquhar[26]. Les Seychelles sont fortement impliquées dans les négociations climatiques et jouent un rôle moteur en matière d'engagements pour la conservation marine.

L'archipel des Comores est situé à l'entrée nord du canal du Mozambique, entre la côte est africaine (Tanzanie et Mozambique) et Madagascar (entre 43° et 45,5° de longitude est, et 10,5° et 13,5° de latitude sud). Il est composé de quatre îles volcaniques : Ngazidja (1 148 km²), Mwali (290 km²), Ndzouani (424 km²) et Maoré (370 km²), séparées par 30 à 40 km et entourées de fosses sous-marines dépassant 3 500 m de profondeur. Ce pays se situe sur une route stratégique empruntée par les pétroliers transportant environ 30 % de la production mondiale de pétrole du Moyen-Orient vers l'Europe et l'Amérique, avec près de 5 000 passages annuels[27]. C'est l'État le plus vulnérable des trois, avec des ressources limitées pour faire face aux impacts climatiques croissants[28].

Pour ces pays, aucun contentieux climatique national n'a pour l'heure été recensé. Cependant, les impacts du changement climatique menacent directement les moyens de subsistance et la sécurité alimentaire de ces États. En ce sens, toute action, même minime, devient nécessaire et urgente pour assurer la résilience de ces populations[29]. Pour certains d'entre eux, la doctrine a ainsi pu mettre en avant les défis existants[30], mais les évolutions juridiques récentes semblent ouvrir la porte pour de nouvelles opportunités[31]. Portant en fond cette volonté de plus de justice pour tous les peuples africains (continentaux et ultramarins), l'exploration de ce nouveau champ de recherche s'inscrit en modeste hommage à l'œuvre majeure réalisée par le professeur Doumbé-Billé.

La mobilisation du dialogue des juges par les juridictions africaines pourrait dans cette perspective être un fer de lance de la justice climatique

[26] République des Seychelles, *Seychelles' Third National Communication Under the United Nations Framework Convention on Climate Change*, 2023, pp. 45-46.
[27] Union des Comores, *Communications Nationales (CDN actualisée). Rapport de synthèse. 2021-2030*, Moroni, s.d., p. 2.
[28] C'est aussi, parmi les trois pays, celui pour lequel nous avons trouvé le plus faible volume de données juridiques en ligne sur le sujet.
[29] PNUE, *Emissions Gap Report 2024: No More Hot Air… Please!*, Nairobi, 2024, p. IX.
[30] O. LIM-TUNG, « Justice climatique, énergie et environnement : quelles perspectives contre l'inaction climatique à Maurice ? », *Revue juridique de l'Océan Indien*, vol. 31, 2021, pp. 273-292.
[31] Voir *infra*.

dans l'océan Indien[32]. Cette mobilisation des contentieux au niveau global peut en effet permettre de contourner les blocages inhérents aux obstacles juridiques rencontrés en droit interne. L'idée n'est pas ici de prôner une application aveugle des jurisprudences d'autres régions, mais plutôt de réfléchir aux moyens par lesquels les juridictions en présence pourraient s'inspirer des progrès réalisés en matière de justice climatique, tout en respectant leurs spécificités locales.

Il sera ici pertinent d'envisager premièrement la construction de la justice climatique dans une perspective *in concreto* et localisée. En termes pratiques, les questions sont les suivantes : quelle pourrait être l'influence de la dynamique contentieuse globale sur le développement des contentieux climatiques internes ? Comment le droit interne peut-il s'enrichir des avancées réalisées au niveau international pour rendre possible une justice climatique locale ? Répondre à ces questionnements présenterait l'avantage de participer à la clarification des solutions envisageables afin de conforter le juge interne dans son office et l'accompagner à faire face aux problèmes techniques existants.

Ce premier point mène à considérer à leur juste mesure les particularités juridiques des PEID concernés. Intégrés dans de nombreuses organisations régionales et parties à un certain nombre d'accords environnementaux internationaux, ils sont « embrassés » à la fois par le pluralisme juridique et le polycentrisme. La réflexion sur l'émergence d'une justice climatique dans ces pays ne peut donc se faire sans une lecture systémique complémentaire. La perspective théorique et systémique présente l'avantage de permettre une saisine des phénomènes et mouvements en présence pour une compréhension et une analyse du sujet au plus proche du réel. Méthodologiquement, il s'agira d'analyser le positionnement de ces PEID dans la dynamique globale de la justice climatique et d'identifier les mécanismes par lesquels les niveaux global et local s'influencent mutuellement. L'analyse met en évidence que la circulation de la norme climatique[33], notamment par l'intermédiaire du dialogue transnational des juges, agit comme un vecteur d'enrichissement des ordres juridiques internes et de développement de la justice climatique au niveau local.

De là se posent les questions qui suivent : dans une perspective finaliste, comment la justice climatique se développe-t-elle entre les niveaux global et local ? À quel rythme ? Quels sont les vecteurs d'accélération et de ralentissement de cette circulation ? Prenant ces PEID comme point de référence, nous tâcherons d'illustrer la maïeutique entre justice climatique globale et justice climatique locale et les fruits qui peuvent en résulter. Si les défis structurels apparaissent comme des vecteurs de décélération de la circulation de la justice climatique entre niveau global et local, une mobilisation des apports des contentieux climatiques *via* le

[32] A.-S. TABAU, « Le dialogue transnational des juges : *hotspot* pour une "justice climatique" dans l'océan Indien ? », *Revue juridique de l'Océan Indien*, vol. 31, 2021, pp. 293-311.
[33] S. MALJEAN-DUBOIS, D. PESCHE, « Introduction générale. Circulations de normes et réseaux d'acteurs. La gouvernance internationale de l'environnement entre fragmentation et défragmentation », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2017, pp. 9-35.

dialogue transnational des juges peut être opérée pour neutraliser cet effet. Bien plus, ce dialogue peut, en effet, constituer un formidable moyen d'accélération et de concrétisation d'une justice climatique et sociale au niveau interne, à la fois vecteur d'avancées juridiques (I) et de progrès social (II).

I.- Le dialogue transnational des juges, un vecteur d'avancées juridiques dans les PEID africains

Au niveau local, l'émergence d'un contentieux climatique semble à première vue compromise à l'analyse du droit applicable. Dans le cadre législatif existant, il est possible de constater une réception à contretemps de la norme climatique internationale en droit interne. La « temporisation » juridique qui en résulte pose en fond le problème de l'inopposabilité des dispositions climatiques, mais demeure relativisée par la mobilisation d'outils de la *soft law* venant donner corps aux objectifs du régime climatique (A). Si le dialogue transnational des juges est un élément clé de la construction d'une justice climatique globale et universelle[34], il peut aussi, dans ce contexte, amener une redéfinition du cadre contentieux interne pour une meilleure adéquation aux réalités sociales et environnementales (B).

A.- Une temporisation relative de la réception de la norme climatique

Les PEID concernés partagent avec d'autres pays africains des blocages structurels à l'émergence du contentieux, comme les difficultés d'accès à la justice ou des frais de justice exorbitants. L'un des blocages de fond majeurs réside dans une inopposabilité de principe des dispositions climatiques, due à une modulation de la réception du régime climat en droit interne par l'effet du dualisme constitutionnel ou de la fragmentation du droit (1). La temporisation juridique qui en résulte n'est pas en soi un obstacle à la réalisation de la norme climatique dans ses objectifs, grâce à l'utilisation d'outils de la *soft law* (2). La circulation de cette norme se fait au rythme des spécificités de ces États et se situe ainsi entre perméabilité et résistances.

1.- Fragmentation du droit et dualisme, premiers obstacles à la pénétration de la norme climatique dans les ordres juridiques internes

Le dualisme constitutionnel est l'un des points de décrochage entre la norme internationale environnementale et l'ordre juridique interne. Ainsi, à Maurice, la ratification d'un traité régional ou international ne rend pas obligatoire les dispositions dudit traité à moins qu'une loi ou un règlement subsidiaire donne effet à ces dispositions[35]. Or, Maurice est partie à 36

[34] A.-S. TABAU, « Le dialogue transnational des juges (…) », *op. cit*.
[35] Section 2 de la Constitution mauricienne du 12 mars 1968. Voir Judicial Committee of the Privy Council of the Queen, *Mataden and Others v. Pointu and Others*, Privy Council Appeal No. 14 of 1997 ; *Pierce v. Pierce* 1998 SCJ 39 ; *Permal v. Illois Trust Fund*, 1984 MR 65.

accords et traités[36] internationaux en matière environnementale. En matière climatique, la République est partie à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), à la Convention sur la protection de la couche d'ozone et au Protocole de Montréal depuis 1992. Elle a ratifié le Protocole de Kyoto depuis 2005 et a fait partie des premiers États à avoir ratifié l'Accord de Paris[37]. Faisant partie des PEID, les obligations qui lui incombent au titre de l'Accord de Paris restent légères et elle bénéficie de la souplesse et de la flexibilité intrinsèque à cet accord pour sa mise en œuvre. Comme pour d'autres pays africains partageant cette spécificité constitutionnelle[38], son système dualiste offre les possibilités d'un filtrage des engagements internationaux, ce qui aboutit à une influence limitée voire à un blocage du droit international de l'environnement en droit interne[39]. Jusqu'à très récemment, aucun texte ne traduisait ces dispositions en droit interne. La conséquence était assez logiquement celle de l'inopposabilité des dispositions conventionnelles devant le juge.

Le deuxième point de détachement entre le régime climat international et l'ordre juridique national est l'existence d'une fragmentation du droit interne de l'environnement. Cette fragmentation a pour conséquence une absence de cohérence pouvant nuire aux objectifs climatiques, posant *in fine* un problème d'opérabilité dans un contentieux climatique *stricto sensu*. Cette fragmentation du droit s'observe plus particulièrement aux Comores et aux Seychelles. Contrairement à Maurice, qui dispose d'une loi sur les changements climatiques, le cadre législatif existant est divisé entre différentes lois sectorielles. Aux Comores, il s'articule[40] autour de la loi-cadre du 22 juin 1994 relative à l'environnement[41], à laquelle s'ajoutent la loi du 29 décembre 2011 relative à l'urbanisme et à la construction en Union des Comores[42], le code de l'eau, le code des énergies renouvelables, la loi sur la gestion des ressources forestières, la loi sur l'utilisation des plastiques. Les Seychelles[43] comptent *The National Parks and Nature Conservancy Act of 1969*, *The Town and Country Planning Act of 1972*, *The Fisheries Act of 1987*, *The Constitution of Seychelles of 1993*, *The Energy Act of 2012*, *The Disaster Management Act of 2014*, *The Environment Protection Act of 1995*,

[36] Pour une lecture complète des conventions et de leur état de ratification, voir le site https://environment.govmu.org.
[37] République de Maurice, *Third National Communication*, *United Nations Framework Convention on Climate Change, Ministry of Environment, Sustainable Development and Disaster and Beach Authority*, octobre 2016, p. IX.
[38] B. ERINOSHO, « Climate Change Litigation in Ghana: An Analysis of the Role of Courts in Enforcing Climate Change Law », *AJIL Unbound* , vol. 114, 2020, pp. 51-55.
[39] A. MENDOZA SPINOLA, « Adoption du *Climate Change Act* : l'intégration de l'Accord de Paris au droit mauricien de l'environnement », *Revue juridique de l'Océan Indien*, vol. 31, 2021, p. 238.
[40] Union des Comores, *Troisième communication nationale sur le changement climatique*, Moroni, 2023, p. 123.
[41] Loi-cadre n° 94-018/AF du 22 juin 1994 relative à l'environnement révisée par la Loi n° 95-007/AF du 19 juin 1995.
[42] Loi n° 11-26 du 29 décembre 2011 relative à l'urbanisme et à la construction en Union des Comores.
[43] République des Seychelles, *Seychelles' Third National Communication Under the United Nations Framework Convention on Climate Change*, Victoria, 2023, p. 71.

The Meteorology Act of 2015 et *The Conservation and Climate Adaptation Trust of Seychelles Act of 2015*.

Cette fragmentation et le jeu du dualisme entraînent conséquemment une forme de temporisation de la transposition, qui se révèle paradoxale lorsqu'elle est observée à l'aune de l'urgence climatique. Cette analyse mérite toutefois d'être nuancée. D'une part, le jeu du dualisme peut aussi constituer une opportunité lorsque les dispositions du droit interne offrent un niveau de protection supérieur à celui garanti par le droit international. C'est ce que semble illustrer la récente décision *Okiyo Maritime Corp v. State of Mauritius* (2026 SCJ 86)[44], rendue à la suite du naufrage du *MV Wakashio*. Saisie d'une demande du propriétaire du navire visant à constituer un fonds de limitation de responsabilité pour les dommages causés par une pollution par hydrocarbures, la Cour suprême de Maurice a réaffirmé le caractère dualiste de l'ordre juridique mauricien en refusant d'appliquer directement les conventions internationales invoquées et en privilégiant les dispositions, plus protectrices, du *Merchant Shipping Act* de 2007. Ce faisant, elle a jugé que les dommages résultant d'une pollution par hydrocarbures ne pouvaient bénéficier du régime de limitation de responsabilité prévu par le droit interne, ouvrant ainsi la voie à une réparation environnementale plus complète. Cet arrêt illustre ainsi que le dualisme constitutionnel, traditionnellement perçu comme un frein à l'effectivité du droit international de l'environnement, peut également devenir un vecteur de renforcement de la protection environnementale lorsque le droit interne offre un niveau de protection supérieur.

Par ailleurs, l'affaire *Green Connection NPC and Natural Justice v. Minister of Forestry, Fisheries and the Environment and Others* de 2025[45], relative à l'autorisation d'activités d'exploration pétrolière offshore en Afrique du Sud, présente un intérêt particulier en ce qu'elle illustre les mécanismes permettant d'atténuer les effets de la fragmentation normative. Dans cette décision, la Haute Cour mobilise conjointement les normes relatives au climat, les dispositions constitutionnelles, le droit interne de l'environnement, ainsi que les autres engagements internationaux de l'État, afin d'apprécier la légalité de la décision administrative contestée. Une telle approche s'inscrit dans la logique de l'intégration systémique (*systemic integration*), consacrée par l'article 31, § 3, c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon laquelle une norme internationale doit être interprétée à la lumière des autres règles pertinentes du droit international. Cette décision illustre ainsi la capacité du juge national à atténuer les effets de la fragmentation normative par une interprétation cohérente des différents corpus juridiques applicables. En ce sens, le dialogue des juges ne participe pas uniquement à la diffusion de la norme climatique. Il favorise également

[44] Cour suprême de Maurice, *Okiyo Maritime Corp v. The State of Mauritius & Ors* [2026] SCJ 86, jugement du 23 février 2026.

[45] High Court of South Africa (Western Cape Division, Cape Town), *The Green Connection NPC* (First Applicant) and *Natural Justice* (Second Applicant) v *Minister of Forestry, Fisheries and the Environment* and Others, Case No 5676/2024, [2025] ZAWCHC 349, 13 août 2025.

la diffusion de méthodes d'interprétation susceptibles de renforcer l'effectivité de la justice climatique dans les ordres juridiques internes.

Un troisième argument conduit à relativiser davantage la temporisation de la réception de la norme climatique. Cette temporisation se manifeste également par une traduction progressive des objectifs du régime climatique international au moyen d'instruments juridiques et opérationnels destinés à en assurer l'effectivité au niveau interne.

2.- Relativité de la temporisation au regard des objectifs du régime climat

En tant que PEID, Maurice, les Seychelles et les Comores bénéficient du principe de responsabilité commune mais différenciée[46]. À ce titre, il leur revient de satisfaire à une obligation d'information et de transmettre leur rapport sur leurs contributions déterminées au niveau national (CDN) tous les cinq ans[47]. Dans ce cadre, Maurice avait fait mention de son projet d'adoption d'un texte législatif sur le climat en 2015[48]. En 2020, le législateur mauricien a finalement adopté le *Climate Change Act* (CCA)[49], entré en vigueur en 2021[50]. Un laps de temps de six ans s'est écoulé entre l'engagement de l'État à légiférer et l'entrée en vigueur du texte adopté. L'adoption du CCA a donc pu être présentée comme une avancée de la législation interne dans le cadre des dernières CDN. Le dualisme, conjugué à la faiblesse des moyens de l'administration environnementale, a ainsi permis une forme de temporisation de l'intégration de la norme climatique sans pour autant faire totalement obstacle à la circulation des finalités d'adaptation et d'atténuation. C'est là le bénéfice de la mise en œuvre du mécanisme de transparence de l'Accord de Paris.

Face à la fragmentation, et en l'absence de loi spécifique, les droits internes ne sont pas vides de toutes dispositions. Des outils relevant de la *soft law* ont été mobilisés pour mettre en œuvre une politique climatique. Diverses stratégies nationales ont été élaborées en vue de réduire et contrôler ses émissions de GES dans une perspective d'adaptation et d'atténuation, leur combinaison étant sur ces points facteurs de « défragmentation » du droit. Ainsi, à Maurice au sein du réseau de stratégies existantes, différents « points

---

[46] Article 2 de l'Accord de Paris. Voir M. TORRE-SCHAUB, « Justice climatique : vers quelles responsabilités allons-nous ? », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 41, 2016, pp. 56-70.

[47] Article 4.9 de l'Accord de Paris. En application de l'article 4 de la CCNUCC, Maurice a également soumis ses communications nationales. Voir République de Maurice : *Initial National Communication Under the United Nations Framework Convention on Climate Change*, avril 1999 ; *Second National Communication Under the United Nations Framework Convention on Climate Change*, novembre 2010 ; *Third National Communication Under the United Nations Framework Convention on Climate Change*, octobre 2016 ; *Update of the Nationally Determined Contribution for the Republic of Mauritius*, 5 octobre 2021 ; *Biennial Update Report (BUR1) and National Inventory Report (NIR) to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, 30 décembre 2021.

[48] *Intended Nationally Determined Contribution for the Republic of Mauritius*, 28 septembre 2015, p. 5.

[49] Publié à la *Gazette* le 28 novembre 2020.

[50] *General Notice No. 547 of 2021, Legal Supplement, Proclamation No. 2 of 2021*.

de contact » avec la réglementation climatique peuvent être identifiés, qu'il s'agisse de dispositions directement rattachées à la lutte contre le changement climatique (ainsi du cadre d'adaptation et d'atténuation[51], de la réduction des risques naturels[52], de la refonte du paysage énergétique[53]) ou indirectement dans les politiques environnementales liées à la protection et la sauvegarde de la biodiversité[54], l'extension des zones protégées[55] ou l'agriculture[56]. La même tendance s'observe aux Seychelles[57] et aux Comores[58], et il est à noter que, pour les Seychelles, l'adoption d'un texte relatif au climat est en bonne voie de préparation[59].

Ces points de contact peuvent, dans le cadre d'un contentieux, venir contrebalancer la faiblesse voire l'absence de dispositions climatiques *per se* et constituer des points d'entrée dans l'argumentation contentieuse dans le but de ramener dans les débats la question du climat. La redéfinition du paysage contentieux dans ces PEID africains reste toutefois conditionnée à l'ouverture des prétoires.

---

[51] Voir : INDC 2015, *NDC Action Plan* 2016 ; *Mauritius Resilience Strategy 2019* ; *Updated National Climate Change Adaptation Policy Framework 202*1 ; *Budget Speech 2021-2022 Announcing Coal Phase Out Before 2030 Among other Mitigation and Adaptation Measures by the Minister of Finance, Economic Planning and Development* ; *National Adaptation Plan (NAP) for Health and Other Sectors, Namely Infrastructure, Bridges and Culverts, DRR-Flood Prone Areas, and Coastal Zones (Under Preparation through Green Climate Fund Assistance)* ; *National Disaster Risk Reduction and Management Policy, Strategic Framework and Action Plan 2020-2030* ; *Mauritius Vision 2030*.

[52] République de Maurice, *Disaster Risk Reduction and Management Strategic Framework and Action Plan 2020-2030*.

[53] Création de la *Mauritius Renewable Energy Agency*, assortie du *Renewable Energy Strategic Plan 2018-2023*. Voir également : *Renewable Energy Roadmap 2030 for the Electricity Sector* (en cours de révision) ; *10 Year Electric Vehicle Integration Roadmap for Mauritius 2020*.

[54] République de Maurice, *National Biodiversity Strategy and Action Plan 2017-2025*, mai 2017.

[55] République de Maurice, *Protected Area Network Expansion 2017*, mai 2017.

[56] République de Maurice, *Agro-Industry Minister launches Mauritius Strategic Plan for Food Crop and Livestock Sector 2024-2030.*

[57] Voir République des Seychelles : *Seychelles National Climate Change Strategy (NCCS)* of 2009 ; *Energy Policy of Seychelles* of 2010-2030 ; *Seychelles Sustainable Development Strategy (SSDS)* 2012-2020 ; *National Biodiversity Strategy and Action Plan (NBSAP) 2015-2020* ; *Water Policy 2017* ; *100% Seychelles Renewable Energy Strategy 2018* ; *Wetlands Policy and Action Plan 2018-2022* ; *Policy Framework and Roadmap 2018-2030* ; C*oastal Management Plan (CMP) of 2019-2023* ; *Vision 2033 and the National Development Strategy (NDS)* 2019-2023 ; *Management Plan for La Digue 2019-2023* ; *Integrated Shoreline Management Plan for North East Point 2020-2024* ; *Energy Efficiency Policy 2020-2024* ; *National Climate Change Policy 2020*.

[58] Voir Union des Comores : *Plan d'action pour l'adaptation au changement climatique en Union des Comores* ; *Cadre stratégique de programmation 2011-2016 sur les changements climatiques, l'environnement naturel et la gestion des risques et des catastrophes naturelles* ; *Programme d'action national d'adaptation aux changements climatiques* ; *Stratégie nationale de réduction des risques de catastrophes* ; *Politique forestière de l'Union des Comores* ; *Plan d'action national pour la lutte contre la désertification au Comores* ; *Plan national de gestion intégrée des ressources en eau*.

[59] En ce sens, une séance de formation parlementaire a été réalisée le 28 mars 2023 par l'Union interparlementaire, intitulée « Supporting Seychelles to Legislate on Climate Change ».

B.- Une possible redéfinition du paysage contentieux dans les PEID africains

L'une des spécificités partagées par bon nombre de pays du Sud est d'avoir hérité d'un système juridique colonial. Certes, la pratique du droit a fait évoluer certains domaines, mais un « dépoussiérage » demeure nécessaire tant les dispositions applicables sont en décalage avec la réalité sociale et environnementale contemporaine. Le dialogue des juges pourrait avoir pour conséquence une évolution du paysage du contentieux dans ces PEID africains, avec des possibilités sérieuses de recevabilité de ces requêtes sur la forme (1) comme sur le fond (2).

1.- Sur la forme : vers une interprétation extensive de l'intérêt à agir en matière d'environnement

La question de l'intérêt à agir des requérants se posera avec acuité. À titre d'exemple, en droit mauricien, un requérant peut être recevable s'il dispose d'un droit individuel assuré par la Constitution ou la loi pouvant faire l'objet d'une action en justice[60]. Le contentieux environnemental a été limité par un enfermement dans une lecture stricte du *locus standi*[61], autrement dit de la nécessité d'un intérêt personnel suffisant, voire de l'existence d'un « préjudice indu »[62]. Une interprétation stricte de cette exigence conduirait à une exclusion *de jure* de l'intérêt climatique des prétoires, car il est par nature collectif et diffus[63] et ne saurait dès lors être limité à un intérêt personnel. Cela aboutirait en définitive à une forme de déni de justice climatique[64] pour les générations présentes et les générations futures. Sur ce point, une récente évolution jurisprudentielle laisse entrevoir une possibilité de changement. Dans sa décision *Eco-Sud v. Minister of Environment, Solid Waste and Climate Change*[65] du 4 juillet 2024, le Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine a validé une interprétation large de la qualité pour agir des

---

[60] O. LIM-TUNG, « Justice climatique, énergie et environnement (…) », *op. cit.*, pp. 273-292.
[61] Judicial Committee of the Privy Council, *Marie Jean Nelson Mirbel and Others v. The State of Mauritius and Others*, [2010] UKPC 16, Privy Council Appeal No 0046 of 2009, 21 juillet 2010, § 26 : « *Section 17(1) of the Constitution is designed to afford an additional or alternative remedy for someone who contends that one or more of the fundamental rights that he enjoys under Chapter II of the Constitution have been, or are likely to be, infringed. The section provides a personal remedy for personal prejudice. It is not an appropriate vehicle for a general challenge to a legislative provision or an administrative act, brought in the public interest. This is made clear by the phrase "in relation to him" in section 17(1). It has also been repeatedly emphasised by the Supreme Court. (...)* ».
[62] Section 17, § 1, de la Constitution mauricienne pour ce qui est de la Cour Suprême, Section 54, § 2, a) du *Environment and Land Appeal Tribunal Act 2012* pour ce qui est du Tribunal de l'Environnement.
[63] S'agissant d'un « avantage ou bénéfice collectif environnemental direct ou indirect qu'un groupe de personnes indéterminées ou indéterminables ont en commun ». Voir A. MENDOZA-SPINOLA, *L'intérêt environnemental. Contribution à l'émergence des droits fondamentaux en matière d'environnement*, thèse de doctorat, Université de Paris 13, 2018, p. 445.
[64] Reflétant la distorsion plus générale de la règle *de minimis* en matière environnementale.
[65] Judicial Committee of the Privy Council of the Queen, *Eco-Sud and Two Others v. Minister of Environment, Solid Waste and Climate Change and Another*, Privy Council Appeal No 0070 of 2023, 4 juillet 2024.

associations environnementales dans le prisme d'une lecture extensive alignée sur l'objectif législatif de protection de l'environnement.

En l'espèce, le ministre de l'Environnement avait accordé une licence d'évaluation de l'impact sur l'environnement à la *Pointe D'Esny Lakeside Company Ltd*, pour un développement résidentiel sur deux terrains en vertu de l'article 23 de la Loi sur la protection de l'environnement. Le défendeur, Eco-Sud, est une ONG environnementale. Eco-Sud s'est opposée à la délivrance du permis et a introduit un recours auprès du *Environment and Land Use Appeal Tribunal* (le Tribunal de l'environnement mauricien) en vertu de l'article 54, § 2, de la Loi sur la protection de l'environnement. Lors d'une audience préliminaire, le Tribunal de l'Environnement avait estimé qu'Eco-Sud n'avait pas qualité pour introduire un recours, car elle ne remplissait pas les critères énoncés à l'article 54(2). En particulier, Eco-Sud n'avait pas démontré qu'en tant qu'organisation, elle était lésée par l'octroi d'une licence, ni que l'octroi de cette dernière était susceptible de lui causer un préjudice injustifié. Le Tribunal a rejeté l'appel d'Eco-Sud, qui s'est pourvu en cassation pour contester cette décision. La Cour suprême a accueilli l'appel d'Eco-Sud et a estimé que le critère de qualité pour agir appliqué par le Tribunal était trop restrictif. Elle a soutenu que dans les appels en matière d'environnement, une approche plus libérale de la qualité pour agir était nécessaire, comme l'avait indiqué la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Walton v. The Scottish Ministers [2012] UKSC 44*. Lorsque la Loi sur la protection de l'environnement a été adoptée, elle n'avait pas pour but d'empêcher les organisations prétendant avoir la qualité de représentant d'introduire des recours.

Sur un appel du ministère de l'Environnement, le *Privy Council* a été par la suite saisi et la question de droit suivante se posait : la Cour suprême avait-elle commis une erreur lorsqu'elle a estimé que l'approche « libérale » de la qualité pour agir dans les affaires environnementales, approuvée par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Walton v. The Scottish Ministers [2012] UKSC 44*, devait être adoptée par l'*Environment and Land Use Appeal Tribunal* lorsqu'il s'agit d'évaluer si une partie a qualité pour introduire un recours en vertu de l'article 54, § 2, de la Loi sur la protection de l'environnement ? Le *Privy Council* a alors confirmé que, pour établir la qualité pour agir, un préjudice économique direct n'était pas nécessaire, mais un intérêt démontré dans la protection environnementale était suffisant.

L'arrêt reconnaît que la préoccupation environnementale générale peut constituer une base légitime de « préjudice » dans des cas similaires. Il rejette l'argument selon lequel le préjudice visé à l'article 54, § 2, b), de la Loi de 2002 sur la protection de l'environnement se limite au préjudice économique et au préjudice causé à un intérêt privé. Sur le préjudice à démontrer, elle affirme que « le préjudice, au sens de dommage, peut concerner aussi bien un intérêt environnemental qu'un intérêt économique ou un intérêt privé. (...) Les personnes ayant un intérêt réel pour les aspects de l'environnement qu'elles cherchent à protéger et qui ont une connaissance suffisante du sujet pourront démontrer qu'une décision d'approuver la délivrance d'une autorisation d'EIE est susceptible de leur causer un

préjudice injustifié par rapport à leur intérêt pour cet aspect de l'environnement »[66]. L'affaire a donc été renvoyée devant le Tribunal de l'Environnement afin de rendre une décision au fond.

Cette prise de position du *Privy Council*, qui consacre en substance la protection juridictionnelle de l'intérêt environnemental, laisse donc présager un possible développement du contentieux environnemental et plus spécifiquement climatique. La lecture de la jurisprudence *Sauvage et autres* de la Cour Suprême de Maurice tend à renforcer cette analyse[67]. Toutefois, la recevabilité de la requête ne validera pas pour autant la validité des moyens au fond. Encore faudra-t-il que ces derniers soient adaptés aux particularismes des PEID.

2.- Sur le fond : une possibilité de développement contentieux sur la base des objectifs d'adaptation ?

Le régime climat a schématiquement deux grands objectifs : l'atténuation du changement climatique et l'adaptation à ses conséquences. Vis-à-vis de ces objectifs, les États parties ont des obligations différentes. Ils sont tous tenus de participer à l'objectif de réduction des GES au niveau mondial, mais à l'aune du principe de responsabilité commune mais différenciée et selon leurs capacités respectives. En vertu de l'Accord de Paris, chaque État doit soumettre des contributions nationales déterminées (CND) (article 4.1) en respectant le principe de non-régression (article 4.3) et prendre des mesures internes d'atténuation (article 4.2). L'Accord de Paris prévoit en outre que les PEID peuvent « établir et communiquer des stratégies, plans et mesures de développement à faible émission de gaz à effet de serre correspondant à leur situation particulière » (article 4.6).

L'étude des dernières contributions déterminées au niveau national (CND) des trois petits États insulaires en développement de la région illustre le caractère fondamentalement évolutif des engagements climatiques issus de l'Accord de Paris. Alors que les précédentes CND étaient principalement articulées autour de l'échéance de 2030, leur troisième génération prolonge désormais les trajectoires nationales jusqu'en 2035, tout en révisant les niveaux d'ambition. Ainsi, Maurice, dans sa CND 3.0 soumise en septembre 2025, s'engage à réduire de 40 % ses émissions de gaz à effet de serre d'ici 2035 par rapport au scénario « *Business as Usual* », en visant notamment à porter à 60 % la part des énergies renouvelables dans la production d'électricité, tout en prévoyant la sortie du charbon et le renforcement des puits de carbone naturels[68]. Les Seychelles, dans leur CND 3.0 également soumise en 2025, conservent une approche fondée sur une réduction absolue des émissions de l'ensemble de l'économie tout en renforçant les mesures

[66] *Ibid*., § 90, notre traduction.
[67] Cour suprême de Maurice, *David Sauvage and Others v. The Minister of Environment, Solid Waste Management and Climate Change and Others*, [2024] SCJ 6, Record No. SCR 119333-5C/59/19, arrêt du 31 janvier 2024.
[68] République de Maurice, *Third Nationally Determined Contribution (NDC 3.0)*, soumise au Secrétariat de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), 29 septembre 2025, pp. 4-6.

sectorielles de décarbonation, de protection des écosystèmes marins et d'adaptation. Leur objectif initial de réduction de 293,8 $ktCO_2e$ (26,4 %) en 2030 par rapport au scénario de référence est désormais intégré dans une trajectoire climatique prolongée jusqu'en 2035[69]. Les Comores, enfin, ont franchi un cap important avec leur CND 3.0 déposée en mars 2026. Elles abandonnent les objectifs de leur CND révisée de 2021 (réduction nette de 23 % des émissions et augmentation de 47 % des puits de carbone à l'horizon 2030) au profit d'un objectif global de réduction des émissions de gaz à effet de serre pouvant atteindre 57 % d'ici 2035 par rapport au scénario « *Business as Usual* », dont 14 % relèvent d'engagements inconditionnels et jusqu'à 43 % demeurent conditionnés au soutien international[70].

Cette évolution régulière des objectifs nationaux met toutefois en évidence une tension inhérente au mécanisme des CND. Conçues autour d'un mécanisme de progression continue (« *ratchet mechanism* »), elles sont appelées à être périodiquement révisées, afin d'accroître l'ambition climatique des États. Cette plasticité constitue un atout du régime de l'Accord de Paris[71], mais elle nourrit également les interrogations relatives à leur valeur normative dans les ordres juridiques internes. Quelle portée juridique reconnaître à des engagements dont le contenu est susceptible d'être révisé tous les cinq ans ? Le contrôle juridictionnel de l'action de l'État peut-il s'exercer sur la base d'objectifs qui ne sont pas, en eux-mêmes, consacrés par un instrument interne contraignant ? La question de la valeur juridique des CND (directement liée au choix de flexibilité[72] opéré par l'Accord de Paris) demeure ainsi entière. Si la doctrine a proposé plusieurs qualifications[73], le droit positif n'a jamais véritablement tranché cette question. Dès lors, l'effectivité des engagements climatiques dépend largement du rôle du juge national[74], dont les réponses restent contrastées : certains reconnaissent aux CND une véritable portée juridique[75], tandis que d'autres refusent d'y voir des normes directement invocables[76].

---

[69] République des Seychelles, *ICTU Update 2025 for Seychelles new NDC 3.0*, soumise au Secrétariat de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), 30 septembre 2025 (document non paginé).

[70] Union des Comores, *Contribution déterminée au niveau national (CDN 3.0)*, soumise au Secrétariat de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), 30 mars 2026, p. 57.

[71] L. RAJAMANI, « Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative Possibilities and Underlying Politics », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, 2016, pp. 500-501.

[72] K. MITKIDIS, Th. VALKANOU, « Climate Change Litigation: Trends, Policy Implications and the Way Forward », *Transnational Environmental Law*, vol. 9, 2020, pp. 11-16.

[73] Notamment celle de promesse ou d'acte unilatéral étatique conditionné. Voir à cet égard H. HELLIO, « Les "contributions déterminées au niveau national", instruments au statut juridique en devenir », *Revue juridique de l'environnement*, hors-série 17, 2017, pp. 33-48.

[74] S. HOYNCK, « Le juge administratif et le dérèglement climatique », *AJDA*, 2022, p. 147.

[75] Comme dans l'affaire *Jeunes c. Colombie* (Cour suprême de justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán, et al. c. Présidence de la République et al*., STC 4360-2018, n° 11001-22-03-000-2018-00319-01, 5 avril 2018).

[76] High Court of New Zealand, *Thomson v. Minister for Climate Change Issues*, CIV 2015-485-919 [2017] NZHC 733, 2 novembre 2017.

L'existence de cette zone d'ombre est un premier argument venant limiter l'opérabilité d'arguments contentieux centrés sur l'objectif d'atténuation. Un second argument vient à son soutien : celui de la pertinence limitée de leur mobilisation au regard du contexte africain et, plus particulièrement, des PEID.

Comparés aux pays du Nord, les pays d'Afrique sont pour la plupart toujours dans une phase de développement économique. En ce qui concerne les PEID, les particularités de leur situation les différencient encore plus des autres pays. Leur insularité et leur degré de développement économique font qu'ils sont de très petits émetteurs au niveau mondial[77], aussi l'opérabilité d'un argumentaire basée uniquement sur cet objectif serait faible et inadaptée au contexte. En revanche, la consolidation de leur résilience est un point crucial en raison de leurs multiples vulnérabilités. L'objectif d'adaptation est donc central dans ces pays et c'est en fonction de ce dernier qu'il serait judicieux de positionner les débats, sans pour autant totalement éluder la question de l'atténuation[78].

L'affaire sud-africaine *EarthLife Africa* nous montre en effet que l'un n'est pas exclusif de l'autre. Dans cette affaire, la ministre de l'Environnement avait octroyé une autorisation environnementale de construction d'une centrale thermique à charbon Thabametsi alors même que l'évaluation de ses impacts climatiques était insuffisante. La Cour opère une mise en corrélation avec le projet et reconnaît son inadéquation à l'objectif d'atténuation. Dans un argumentaire au raisonnement élaboré, le juge sud-africain a considéré dans un premier temps que l'Afrique du Sud ne faisait pas partie des pays de l'Annexe I et n'était pas, à ce titre, tenu de respecter un objectif précis pour la réduction de ces GES autre que ce à quoi il s'était engagé dans ses CND. Or, l'Afrique du Sud avait prévu l'établissement de nouvelle centrale à charbon et l'atteinte de son pic d'émission en 2020 pour s'engager vers une diminution après cette date[79]. Cette circonstance n'a pas fait obstacle à la reconnaissance d'une illégalité, le juge considérant non seulement l'incohérence de l'action gouvernementale, mais encore les effets négatifs de la centrale sur les possibilités d'adaptation de la région où elle serait localisée (et *in fine* sa viabilité dans le temps compte tenu du risque

[77] Par exemple, les émissions de gaz à effet de serre (GES) des Comores sont négligeables au niveau mondial, puisqu'ils représentent environ 0,001 % des émissions totales. Voir Union des Comores, C*ontributions déterminées au niveau national (…),* o*p. cit.*, p. 1.

[78] S. VAN WYK, « Different Roads to the Same Destination: Climate Change Litigation in South Africa and the Netherlands and the Role of Human Rights in the Mitigation of Climate Change », *in* K. BOUWER, U. ETEMIRE, T.-L. FIELD, A. OLUBORODE JEGEDE, *Climate Litigation and Justice in Africa*, *op. cit*., p. 223.

[79] Voir § 35 de la décision de la Haute Cour de Pretoria du 8 mars 2017 : « *South Africa is not an Annex I country, and is not bound to any emissions targets under these treaties. The Paris Agreement requires State parties to commit to Nationally Determined Contributions ("NDC"), which describe the targets that they seek to achieve and the climate mitigation measures that they will pursue. South Africa's NDC expressly anticipates the establishment of further coal-fired power stations and an increased carbon emission rate until 2020 and records that climate change action takes place in a context where poverty alleviation is prioritised, and South Africa's energy challenges and reliance on coal are acknowledged. South Africa has adopted a system that is reliant on new coal-generated power, but anticipates decreased reliance on coal across all emissions sources, over time* ».

climatique[80]). Le contentieux climatique africain gagnerait donc à se focaliser non sur l'objectif d'atténuation, mais sur celui d'adaptation, avec, comme l'a proposé la doctrine, une approche « thématique par risque »[81]. Cette approche permettrait également de transformer l'obstacle de la fragmentation du droit interne de l'environnement en des points d'entrée possible au regard de l'objectif climatique.

Ainsi, si les statuts de « petit pollueur » et de PEID peuvent tendre à justifier une exclusion de responsabilité des îles dans l'augmentation des émissions mondiales de GES, il ne fait que renforcer la nécessité de porter une attention particulière à l'objectif d'adaptation. Ce même argument devrait donc jouer en faveur de la cristallisation de la nécessité pour l'État de prendre les mesures adéquates pour ce faire, dans ses propres décisions[82] ou face à la réalisation de nouveaux projets. Cet argument est par ailleurs renforcé par la position des petits États insulaires devant les juridictions internationales, comme l'illustre l'avis consultatif sur les changements climatiques et le droit international du Tribunal du droit de la mer (TIDM) du 21 mai 2024[83].

Les évolutions législatives et jurisprudentielles récentes, combinées à une mobilisation adéquate de jurisprudences étrangères peuvent être des vecteurs en faveur d'un renouvellement du paysage juridique local en faveur d'une plus grande justice climatique. En ce sens, le juge national apparaît comme un acteur nodal dans la détermination des responsabilités et la protection des plus vulnérables[84]. Il est partie prenante à l'accélération de la circulation de la justice climatique et de l'affinement de sa définition et de ses finalités. Au-delà des avancées juridiques, le dialogue des juges peut également être un vecteur de progrès social dans les PEID africains.

II.- Le dialogue transnational des juges, un vecteur de progrès social dans les PEID africains

L'ouverture des prétoires est une condition *sine qua non* à l'émergence d'une justice climatique locale. Elle répond également à l'exigence plus substantielle de l'accès à un tribunal en matière d'environnement. En ce sens, c'est un terrain fertile pour l'épanouissement et

[80] Voir particulièrement le paragraphe 44 de la décision précitée : « *Nor did the EIR address the impact that climate change may have on water scarcity in the region and how this will impact on the power station. The power station will require 1,500,000m³of water each year in a highly water stressed region and hence is likely to aggravate the impact of climate change in the region by contributing to water scarcity, raising in turn questions about the viability of the power station over its lifetime. Climate change thus poses risks to the Thabametsi coal-fired power station over its lifetime* ».

[81] T.-L. FIELD, « Towards a Risk-Thematic Approach for African Climate Litigation », *in* K. BOUWER, U. ETEMIRE, T.-L. FIELD, A. OLUBORODE JEGEDE, *Climate Litigation and Justice in Africa*, *op. cit*., pp. 19-23.

[82] L'affaire des *Îles du détroit de Torres c. Australie* s'inscrit dans une perspective similaire, ayant recours principalement aux droits de l'homme.

[83] TIDM, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international*, 21 mai 2024.

[84] S. LAVOREL « Le rôle des juges dans l'émergence d'une responsabilité climatique des États », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 46, 2021, pp. 37-62.

la consolidation des droits de l'homme (A). Cela étant, les conséquences parallèles, voire subséquentes, peuvent conduire le juge à se montrer plus réservé, tant la matière est susceptible de l'amener, malgré lui, à se positionner sur le terrain politique. Les enjeux particuliers d'un contrôle juridictionnel dans les PEID africains se manifestent ici, plaçant l'office du juge entre les nécessités de renforcer la confiance citoyenne et ceux d'un besoin de sécurité juridique des acteurs concernés (B).

A.- Une consolidation de la place et de la portée des droits de l'homme dans les PEID africains

Si au niveau global le lien droit de l'homme/climat se renforce, il n'en est pas encore ainsi dans le paysage juridique des PEID africains. La justiciabilité du droit à un environnement sain est encore fragile, soit en raison de l'absence de dispositions le consacrant (1) soit en raison d'une appropriation jurisprudentielle encore naissante (2). En ce sens, l'émergence d'un contentieux climatique serait une opportunité de renforcement voire de renouvellement du cadre existant en matière de droits de l'homme, encore fortement marqué par la prééminence des droits de la première et de la deuxième génération.

1.- Faiblesse des dispositions à Maurice : absence de proclamation du droit à un environnement sain

L'appel au droit de l'homme joue un rôle de plus en plus cardinal dans la jurisprudence climatique globale. En effet, les droits de l'homme entretiennent une relation double avec le contentieux climatique. Si les premiers enrichissent la portée du régime climat, ce dernier met aussi en lumière leurs limites structurelles[85] et leur offre une occasion de les dépasser. L'appel aux droits de l'homme s'est fait de plus en plus ressentir dans le contentieux climatique[86], et les jurisprudences tendent à la reconnaissance d'un droit à un climat stable en le rattachant au droit à un environnement sain. Ainsi, dans l'affaire *Jeunes c. Colombie*[87] le juge affirme le droit des générations présentes et futures à un climat stable. La décision *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*[88] consacre, elle, le volet substantiel du droit à un environnement sain en y intégrant la protection du climat et le considère comme opposable à l'État. L'affaire *Leghari v. Federation of Pakistan* de 2015[89] est également célèbre pour avoir été l'une des premières à connecter l'inaction étatique aux droits fondamentaux des populations vulnérables. Plus récemment, dans la décision

[85] Ch. COURNIL, C. PERRUSO, « Réflexions sur "l'humanisation" des changements climatiques et la "climatisation" des droits de l'Homme. Émergence et pertinence », *La Revue des droits de l'homme*, vol. 14, 2018, pp. 1-37.
[86] J. PEEL, H. M. OSOFSKY, « A Rights Turn in Climate Change Litigation? », *Transnational Environmental Law*, vol. 7, 2018, pp. 37-67.
[87] Cour suprême de justice, *Claudia Andrea Lozano Barragán et al. c. Présidence de la République et al.*, STC 4360-2018, n° 11001- 22-03-000-2018-00319-01, 5 avril 2018.
[88] Cour du district d'Oslo, *Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*, affaire nº 16-166674TVI-OTIR/06, 4 janvier 2018.
[89] Haute Cour de Lahore, *Leghari v. Federation of Pakistan*, affaire nº 25501/2015, ordonnance du 4 septembre 2015, §§ 6-7.

du 9 avril 2024 *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland,* la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme[90] a reconnu que le droit à un environnement sain peut être protégé par les articles 2 et 8 de la Convention, et que la Suisse n'avait pas respecté ses obligations positives en omettant de mettre en œuvre un cadre législatif et des mesures suffisantes pour réduire les émissions de GES et protéger les droits des requérantes (à savoir l'association *KlimaSeniorinnen Schweiz*, qui regroupe plus de 2 000 femmes âgées, et quatre membres individuels âgés de plus de 80 ans).

Le lien d'enrichissement mutuel entre contentieux climatique et droits de l'homme n'est pourtant pas encore établi à Maurice et il n'est pas certain que cette argumentation fondée sur les droits environnementaux de l'homme prospère devant la Cour Suprême mauricienne. L'arsenal juridique existant en matière de droits de l'homme demeure limité[91]. Les dispositions législatives demeurent sur ce point faible (seul un « Environmental Stewardship » est reconnu au niveau législatif dans *l'Environment Protection Act*[92]), et l'on constate un manque ou une limitation des garanties en ce qui concerne certaines procédures pouvant se rattacher au volet procédural du droit à un environnement sain. C'est le cas notamment pour les droits à l'information et à la participation en matière d'environnement. À titre d'exemple, le *Climate Change Ac*t indique que l'action du Département du changement climatique devra intégrer les droits de l'homme[93] au travers de l'identification des vulnérabilités spécifiques et particulières et de la réalisation d'étude sur le changement climatique, « prenant en compte entre autres, les droits de l'homme, le patrimoine culturel et les problématiques de genre »[94]. Pour autant, la garantie des droits de l'homme n'est définie ni en substance ni en procédure. La bonne volonté est fragilisée par les contradictions du texte et la pratique. Sur le terrain, c'est la problématique des modalités des consultations publiques encouragées par le *Climate Change Act* qui se pose. Si la Section 19 prévoit que tous les départements du gouvernement doivent, dans le but de développer des stratégies et politiques liées aux changements climatiques, entreprendre des consultations publiques, rien n'est défini quant à leurs modalités de réalisation et d'application. Or, la comparaison avec d'autres dispositions analogues en droit interne de l'environnement tend à démontrer l'existence de difficultés pratiques dans la mise en œuvre du droit à l'information et à la participation du public[95]. La

[90] Cour EDH, Gr. Ch., *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, requête n° 53600/20*,* 9 avril 2024.
[91] La situation pourrait être amenée à évoluer avec la récente mise en place de la Commission de révision constitutionnelle, chargée notamment d'examiner l'intégration éventuelle des droits de la nature dans la Constitution mauricienne. Voir The *Constitutional Review Commission Bill* (No. VI of 2026).
[92] *Environment Protection Act* du 1er août 2024, article 4.
[93] Section 8.2 du CCA.
[94] Section 8.2.m du CCA.
[95] A. MENDOZA SPINOLA, « Le rôle des acteurs de la société civile dans la défense de l'environnement : pour un renouvellement de la démocratie mauricienne », *in* J. COLOM, S. ROHLFING-DIJOUX, G. SCHULZE (dir.), *Le développement constitutionnel à Maurice en l'honneur du cinquantenaire de l'indépendance*, Baden-Baden, Nomos, 2019, pp. 135-157.

circonstance pourrait être tempérée toutefois par l'action du Département du changement climatique, dont le rôle est aussi de « promouvoir et augmenter la participation des parties prenantes, incluant la communauté des entreprises, les organisations non gouvernementales et les communautés locales dans les domaines liés aux changements climatiques »[96].

Pour consolider le droit, il serait tentant de mobiliser le mécanisme régional de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Mais là encore de nombreux obstacles de fond et de forme devront être surmontés[97] pour un résultat somme toute minime, voire uniquement symbolique. Cette circonstance serait sans importance si le juge avait une lecture dynamique de ces droits à l'aune des nécessités de notre temps, en s'inspirant notamment de l'œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme dont l'interprétation proactive de la Convention a permis de construire de toutes pièces un droit à un environnement sain solide et justiciable, en l'absence même de fondement conventionnel venant formellement garantir ce droit. Un parallèle peut être fait avec la jurisprudence *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, où le juge nigérian considère que les droits fondamentaux à la vie et à la dignité incluent « inévitablement » le droit à un environnement sain, propre et sans pollution[98].

Si pour l'heure les opportunités contentieuses semblent limitées, le récent positionnement du *Privy Council* dans l'affaire *EcoSud*, peut laisser penser que les perspectives d'évolution sont à envisager. Au demeurant, l'« *Environmental Stewardship* » prévu dans la Loi sur la protection de l'environnement n'est pas totalement vide de sens, comme la Haute Cour des Seychelles a également pu affirmer dans une décision prise sur le sujet en 2023.

2.- Consécration jurisprudentielle naissante du droit à un environnement sain aux Seychelles

Aux Seychelles et aux Comores, le droit à un environnement sain est constitutionnellement proclamé[99]. Dans une décision *Ministry of Environment, Energy and Climate Change & Others v. Woodlands Holdings Limited & Anor* du 18 décembre 2023, la Cour Suprême des Seychelles est venue apporter une pierre à la construction de ce droit en reconnaissant, sur ce fondement, l'obligation de l'État de prendre des mesures contre la pollution, même si celle-ci est causée par des entités privées.

---

[96] Section 8.2.l. du CCA.

[97] E. BOSHOFF, « The Prospects and Challenges of Litigating Climate Change Before African Regional Human Rights Bodies », *in* K. BOUWER, U. ETEMIRE, T.-L. FIELD, A. OLUBORODE JEGEDE, *Climate Litigation and Justice in Africa*, *op. cit.*, pp. 128-130.

[98] Voir notamment *Federal High Court of Nigeria in the Benin Judicial Division, suit FHC/B/CS/53/05, Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd,* 14 novembre 2005, spéc. §§ 5.2-5.3.

[99] À l'article 38 de la Constitution des Seychelles et dans le préambule de la Constitution de l'Union des Comores, et repris à l'article 4 de la Loi sur la protection de l'environnement de 1994.

En l'espèce, la société Woodlands Holdings Limited a été accusée d'avoir pollué l'environnement dans la région de Fairview Estate à La Misère, entraînant une détérioration de la qualité de l'eau ayant affecté les résidents. Le ministère de l'Environnement, de l'Énergie et du Changement climatique et d'autres entités gouvernementales ont porté plainte, affirmant que les actions de l'entreprise violaient le droit constitutionnel des résidents à un environnement sain. L'affaire a été renvoyée à la Cour constitutionnelle pour interprétation de l'article 38 de la Constitution des Seychelles, qui consacre le droit à un environnement sain. Cette dernière a confirmé que le gouvernement avait l'obligation de prévenir et de nettoyer la pollution causée par des entités privées, mais cette décision a été contestée par le Ministère, notamment en raison de l'étendue de son obligation à assumer les coûts de nettoyage de la pollution causée par des acteurs privés. La question posée était de savoir si l'État seychellois, en vertu de l'article 38 de la Constitution, était tenu de prendre des mesures pour empêcher les citoyens privés de polluer l'environnement et de nettoyer les zones publiques polluées, avec la possibilité de dédommager les citoyens affectés si cette obligation n'est pas respectée. La Cour suprême a confirmé que l'État est constitutionnellement obligé de prendre des mesures contre la pollution, même si celle-ci est causée par des entités privées. L'État a le devoir de nettoyer les espaces publics pollués, comme les rivières et les plages, et peut récupérer les coûts auprès des pollueurs[100]. En revanche, elle affirme parallèlement la portée limitée de cette obligation, considérant que l'État n'est pas tenu de nettoyer toutes les pollutions causées par des citoyens privés, surtout si celles-ci affectent uniquement des propriétés privées. L'obligation de l'État est donc circonscrite aux espaces publics.

Outre la consécration de la justiciabilité du droit à un environnement sain aux Seychelles, cette décision est intéressante quant à la méthodologie mise en place par le juge pour déterminer l'existence d'une obligation de l'État, se basant notamment sur des instruments et jurisprudences internationaux. La définition du droit à un environnement sain devient alors une opportunité pour le dialogue des juges et nul doute que les récentes évolutions jurisprudentielles de la Cour EDH peuvent venir alimenter positivement les débats (la jurisprudence de la Cour ADHP n'étant pas sur ce point particulièrement développée). Par ailleurs, les commentaires écrits des Seychelles à la Cour internationale de Justice dans le cadre de la demande d'avis consultatif sur les *Obligations des États en matière de changement climatique*, remis en août 2024, vont dans le sens d'un renforcement et d'une pleine reconnaissance de la responsabilité des États en la matière[101]. En ce sens, il est fort à parier que, dans l'avenir, la protection du climat puisse aussi trouver sa place sous l'ombrelle du droit à un environnement sain en droit local.

[100] Voir, particulièrement, le paragraphe 56 de la décision susmentionnée.
[101] Communiqué de presse du 9 août 2024 : « *the Government finds it important to establish legal consequences for the non-performance of the obligations of States which leads to causing significant harm to the climate system and other parts of the environment* ».

Le recours à une argumentation basée sur les droits de l'homme au contentieux permettrait en ce sens d'accroître l'efficacité du régime climatique et vice-versa[102]. Premièrement, en recadrant l'action étatique, imposant à l'État de prendre des mesures en cas de carences liées à son inaction climatique[103]. Il permettrait également d'accentuer l'effet horizontal des obligations climatiques en les étendant au secteur privé[104]. Il permet enfin d'offrir une protection adéquate aux plus vulnérables, touchés plus durement par les changements climatiques sans que des cadres juridiques adaptés soient toujours mis en place pour prendre en compte et garantir leurs droits au regard de leur situation. Cela étant énoncé, la reconnaissance de nouvelles obligations de l'État ne va pas sans soulever des questions sur l'office du juge, pris dans la tension entre le besoin de sécurité des acteurs économiques et celui de maintenir la confiance des citoyens qui attendent que justice soit rendue en la matière.

B.- Entre confiance citoyenne et sécurité juridique : enjeux du contrôle juridictionnel étatique dans les PEID africains

Pour certains, la possibilité même d'un contrôle de l'action de l'État en Afrique peut paraître anecdotique[105] compte tenu du caractère symbolique d'une telle décision. Toutefois, l'exemple sud-africain a montré qu'elle peut plus efficacement s'inscrire dans une stratégie globale et s'avérer utile pour les défenseurs de l'environnement[106]. Elle pourrait de surcroît revêtir une signification plus profonde, enracinant le contentieux climatique aux fondements mêmes de la théorie de l'État, en permettant de consolider l'État de droit[107]. L'intervention du juge se place inévitablement dans la recherche d'un équilibre double : d'une part, sur la traditionnelle ligne de tension entre respect des principes de séparation des pouvoirs et de l'indépendance du juge (1) et d'autre part sur la nécessité d'instaurer au fond un contrôle qui soit juste (2).

---

[102] A. OLUBORODE JEGEDE, « State Duty to "Protect" Rights and Legal Obstacles to Climate Litigation », *in* K. BOUWER, U. ETEMIRE, T.-L. FIELD, A. OLUBORODE JEGEDE, *Climate Litigation and Justice in Africa*, *op. cit*., pp. 43-45.

[103] Dans l'affaire *Paramos* de 2016, la Cour constitutionnelle de Colombie a sanctionné les carences normatives de l'État, dont l'inaction n'accordait pas une protection suffisante aux « puits carbone » compte tenu de l'autorisation d'une exploitation extensive des activités extractives. Voir F. LAFFAILLE, « Affaire *Paramos* (2016), Cour constitutionnelle de Colombie, décision C-035 de 2016 », *in* Christel COURNIL (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, *op. cit*., pp. 307-315.

[104] P. REBELO, X. REBELO, « Rights-Based Climate Change Litigation Against Private Actors », *in* K. BOUWER, U. ETEMIRE, T.-L. FIELD, Ademola OLUBORODE JEGEDE, *Climate Litigation and Justice in Africa*, *op. cit*., pp. 191-192.

[105] C. N. NWEDU, « Assessing the Practicality of Environmental Justice from a Legal Perspective: The Conflict of Climate Litigation », *in* K. Johnmary ANI (ed.), *Environmental Conflicts and Peacebuilding in Africa: A Festschrift for Victor Ojakorotu*, Academia Press, 2019, p. 33.

[106] L. CHAMBERLAIN, M. FOURIE, « Using Climate Litigation to Strengthen Advocacy Strategies: The Life After Coal Campaign in South Africa », *Journal of Human Rights Practice*, vol. 16, 2024, pp. 248-257.

[107] G. CORSI, « A Bottom-up Approach to Climate Governance: The New Wave of Climate Change Litigation », *ICCG Reflection*, vol. 57, 2017, pp. 1-12.

1.- La tension traditionnelle entre maintien du principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du juge

L'extension du contrôle du juge sur l'action de l'État tant sur les modalités de mise en œuvre des politiques climat que sur l'étendue de leurs conséquences[108] démontrent que le rôle du juge national devient crucial dans la garantie d'application non seulement de la norme climatique, mais surtout de ses finalités.

Cependant, lorsque l'issue de la décision est favorable au requérant et à la lutte contre le changement climatique, la perception de la position du juge par les autres acteurs sociaux change. Le contrôle de l'action publique et de ses modalités de mise en œuvre devient alors un sujet sensible en raison des potentielles répercussions politiques et économiques qu'entraîne la position de la juridiction. Le recours à une interprétation extensive des dispositions applicables au litige force le juge à sortir de son cadre juridique pour porter sa voix dans l'arène politique en se positionnant fermement sur une thématique de société, ce qui, en apparence, ne va pas sans ébranler le principe de la séparation des pouvoirs. Dans cette matière, peut-être plus qu'ailleurs, un positionnement clair des juges implique une certaine dose de courage. Cette problématique explique peut-être une lecture stricte -voire frileuse- de la recevabilité dans certaines affaires, à l'instar de celle des *Aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse*[109] ou *Ridhima Pandey c. Union indienne et autres* de 2019[110].

Pourtant, cette crainte est désamorcée dans la décision *Urgenda*[111] : le juge affirme en substance que le principe de séparation des pouvoirs n'implique pas que le juge doive s'abstenir de manière absolue de contrôler la décision politique, tant qu'il n'impose pas au législateur d'adopter une

[108] Au-delà des impacts des émissions générées par les projets, c'est aussi celle de l'étendue des émissions à prendre en considération qui vient enrichir le contentieux climatique. Ainsi, dans l'arrêt australien *Gloucester* (Cour de Nouvelle-Galles du Sud, chambre pour l'environnement et le territoire, *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*, affaire [2019] NSWLEC 7, décision du 8 février 2019), le refus administratif d'accorder une autorisation pour un projet de construction de mine de charbon à ciel ouvert a été confirmé par le juge. Cette confirmation se fonde sur l'analyse de l'impact global du projet, intégrant les impacts socio-économiques pour les populations locales sans se limiter aux impacts environnementaux. La même tendance s'est observée avec l'affaire *Greenpeace Nordic Ass'n v. Ministry of Petroleum and Energy* de la Cour d'appel d'Oslo (Cour d'appel d'Oslo, *Greenpeace Nordic Ass'n v. Ministry of Petroleum and Energy*, affaire n° 18-060499ASD-BORG/03, 23 janvier 2020). Les requérants contestaient en l'espèce les licences qu'avait accordées l'État norvégien pour l'exploitation d'une plateforme pétrolière offshore dans la mer de Barents. Se basant notamment sur le principe d'équité inter et intra-générationnelle prévu en droit norvégien, ils soutenaient que les « *downstream emissions* » (à savoir la consommation finale par des utilisateurs hors Norvège) devaient également être prises en compte.

[109] Voir R. MAHAIM, « Les *Aînées pour la protection du climat c. la Confédération suisse (2018)* », *in* C. COURNIL (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, *op. cit*., pp. 169-181.

[110] National Green Tribunal, *Ridhima Pandey v. Union of India and Others*, 15 janvier 2019.

[111] Voir : District Court, La Haye, affaire C/09/456689/HA ZA 13-139, 24 juin 2015 ; La Haye, division du droit civil, *État des Pays-Bas c. Fondation Urgenda*, n° 200.178.245/01, 9 octobre 2018 ; Cour suprême des Pays-Bas, *État des Pays-Bas c. Fondation Urgenda,* n° 19/00135, 20 décembre 2019.

législation avec un contenu précis[112]. Il prend l'opportunité de réaffirmer se faisant l'obligation de l'État de prendre les mesures nécessaires à la lutte contre les changements climatiques en se fondant sur les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[113]. Si le principe d'indépendance des pouvoirs s'entend, il ne peut pour autant être appliqué de manière aveugle et doit s'apprécier à l'aune du rôle indispensable de la juridiction (*juris-dictio*). On retrouve ici, et en toile de fond, la nécessité pour le juge de procéder dans son office à un contrôle juste, c'est-à-dire à la fois empreint de justesse et de justice (« *Justicia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. *Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum nolitia, justi atque injusti scentia* »[114]).

2.- La nécessité de l'instauration d'un contrôle juste

La frilosité des juges à s'engager sur le terrain climatique est peut-être le fruit d'une certaine sagesse. Les lectures dynamiques et les interprétations positives, voire extensives, de la responsabilité des États et des entreprises privées ne vont pas sans impacter les politiques économiques indispensables au développement des pays concernés. Pour autant, si une position de retenue se justifie, un maintien du *statu quo* est préjudiciable à l'État de droit, et peut générer un sentiment d'injustice chez le citoyen. Le juge se retrouve alors malgré lui pris en étau entre le marteau et l'enclume : il doit rendre la justice de manière juste sans se positionner politiquement. C'est là toute la délicatesse et la subtilité de l'exercice.

Pourtant, le droit doit être résolument utile. Et en matière climatique comme ailleurs, la tendance schizophrénique[115] des États doit être contrebalancée par une action de recadrage juridictionnel. En ce sens, l'affaire *Earthlife Africa Johannesburg c. Ministère des Affaires environnementales* et autres du 8 mars 2017 constitue dans le raisonnement un point de référence pour les pays africains. Sur la même lignée, dans l'affaire *Save Lamu et al. v. National Environmmental Management Authority and Amu Power Co. Ltd* de 2019, le Tribunal national pour l'environnement de Nairobi a invalidé une procédure d'autorisation d'une mine de charbon au motif que l'étude d'impact ne prenait pas en considération les effets du changement climatique[116]. Se dessine en filigrane l'application du principe de proportionnalité dans la détermination de la nécessité d'un projet. Une sorte de contrôle du bilan similaire, dans l'esprit, à celui du Conseil d'État français

[112] Décision du 20 décembre 2019 précitée, § 8.1 et § 8.2.
[113] *Ibid*., § 8.3.
[114] « La justice est la volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû. La jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines et la science de discerner ce qui est juste de ce qui est injuste » (JUSTINIEN, *Institutes*, trad. Henry Hulot, livre premier, titre premier Metz, Behmer/Lamort, 1806, p. 25).
[115] S. MALJEAN-DUBOIS, D. PESCHE, « Circulations de normes et réseaux d'acteurs. La gouvernance internationale de l'environnement entre fragmentation et défragmentation », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, *op. cit*., pp. 9-35.
[116] Tribunal national pour l'environnement de Nairobi, *Save Lamu et al. v. National Environmmental Management Authority and Amu Power Co. Ltd*, No Net 196 of 2016, 26 juin 2019.

en matière d'urbanisme, mais dont les déviances seraient toutefois corrigées par une logique considérant l'importance de l'objectif climatique au regard de l'urgence environnementale et de la gravité des vulnérabilités plus que sur le dictat d'un développement économique « à tout prix »[117]. Un travail en amont serait à prévoir afin que ce contrôle se fasse dans les meilleures conditions. D'une part, une formation des juges devra être réalisée sur la question (particulièrement pour les juridictions n'étant pas familières à cette pratique du bilan ou de la proportionnalité en matière d'environnement). D'autre part, une définition aussi claire que possible du poids de chaque élément intervenant dans la balance du contrôle, afin que le processus soit rationalisé et que la sécurité juridique soit assurée.

Le succès réside peut-être dans l'idée nodale de déplacer la perception de la stratégie contentieuse de la logique de combat entre État/citoyen ou multinationale/citoyen (le fameux pot de terre contre pot de fer) vers une logique collaborative où la responsabilité des acteurs est contrôlée par l'instauration innovante par le contentieux d'un mécanisme *d'accountability.* En pratique, un tel mécanisme permettrait à chacun des acteurs en présence de s'assurer de l'expression de ses intérêts sans que ceux-ci ne contreviennent à l'objectif de protection du climat. Il permettrait également d'éviter des pertes financières et écologiques (tant liées aux frais de procédure qu'à une possible condamnation financière par un chiffrage des préjudices en présence) si la situation litigieuse devait perdurer. Là encore, l'action des parties prenantes serait en parfait accord avec l'esprit de l'Accord de Paris. Cette solution est tout à fait réalisable puisque c'est ce qu'a fait le juge du Pakistan en décidant de mettre en place un contrôle continu de l'action via l'instauration d'une Commission sur le changement climatique. Mais la probabilité qu'un tel contrôle soit mis en place demeure conditionnée à l'existence de garanties réelles de protection des juridictions elles-mêmes. Or, les fluctuations du jeu politique peuvent avoir une répercussion sur l'indépendance ou les modalités d'action des juges (notamment par l'adoption de dispositions législatives réduisant les compétences *ratione materiae* des juridictions en matière environnementale).

***

En définitive, les ordres juridiques des PEID africains partagent nombre des défis rencontrés par les autres États du Sud global. L'interprétation, voire l'appropriation, des solutions jurisprudentielles développées à l'étranger est susceptible de renforcer l'effectivité du droit climatique et d'améliorer la réponse juridique aux vulnérabilités particulières auxquelles ces États sont confrontés. Le dialogue transnational des juges prend alors tout son sens : loin de se limiter à un mécanisme de circulation des normes, il constitue un véritable vecteur de localisation de la justice

[117] J. I. MUGGA, Joyeeta GUPTA, R. LEFEBER, « Shaping Africa's Climate Action through Climate Litigation: An Impact Assessment », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique*, vol. 26, 2023, p. 45.

climatique, permettant de traduire des principes globaux en solutions adaptées aux réalités insulaires.

L'ouverture des prétoires nationaux aux contentieux climatiques présenterait également un intérêt stratégique pour les PEID. En assurant un contrôle juridictionnel des engagements climatiques internes, les juridictions contribueraient à aligner l'action nationale sur les positions que ces États défendent depuis plusieurs décennies sur la scène internationale, notamment au sein de l'*Alliance of Small Island States* (AOSIS) et, plus récemment, à travers l'action de la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international (COSIS). Une telle cohérence entre les engagements internationaux et leur mise en œuvre interne renforcerait la crédibilité de ces États comme acteurs de la justice climatique internationale.

Cette évolution apparaît d'autant plus nécessaire que les PEID ne sont pas uniquement des « petits États » ; ils sont également de véritables *Big Ocean States*, exerçant leur souveraineté et leurs responsabilités sur des zones économiques exclusives considérables. À cet égard, l'avis consultatif rendu le 21 mai 2024 par le Tribunal international du droit de la mer est venu confirmer que les obligations de protection du milieu marin prévues par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer englobent également la prévention, la réduction et le contrôle des émissions anthropiques de gaz à effet de serre. Dès lors, le renforcement du contentieux climatique interne ne participerait pas seulement à la protection des populations insulaires, mais également au respect des obligations internationales qui leur incombent en matière de protection de l'environnement marin.

L'intégration des droits de l'homme, conjuguée à un contrôle juridictionnel effectif, présenterait au moins deux avantages majeurs. Le premier résiderait dans un véritable dépassement de l'héritage juridique colonial, qui continue d'enfermer la protection du climat et, plus largement, de l'environnement dans des catégories juridiques devenues insuffisantes au regard des défis contemporains. Le second consisterait en la création d'un espace d'innovation juridique indispensable pour répondre aux enjeux de résilience écologique, économique et sociale auxquels les PEID sont confrontés. En renouvelant progressivement leurs cadres juridiques, ces États ne se contenteraient plus d'adapter un droit conçu ailleurs : ils participeraient pleinement à la construction des réponses juridiques de demain. Forts de leur vulnérabilité, mais aussi de leur expérience et de leur responsabilité particulière en tant que *Big Ocean States*, les PEID pourraient se positionner à l'avant-garde de l'évolution du droit international et interne de l'environnement, contribuant ainsi à l'émergence d'un ordre juridique environnemental plus cohérent, plus résilient et plus apte à répondre aux défis du XXIe siècle.

DE LA RICHESSE MINIÈRE AU DÉVELOPPEMENT DURABLE : LA GOUVERNANCE DES MINERAIS STRATÉGIQUES EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Catherine MAIA

Professeure de droit à l'Université Lusófona (Portugal), Professeure invitée à Sciences Po Paris et aux Universités catholiques de Lyon et de Lille (France)

Christian MPABWA

Candidat au doctorat en droit à l'Université d'Ottawa (Canada), Membre du Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne (Faculté de droit, Université d'Ottawa)

Dotée d'un immense potentiel minier, la République démocratique du Congo (RDC) occupe une place stratégique dans la reconfiguration contemporaine des chaînes d'approvisionnement liées à la transition énergétique. Cette richesse soulève toutefois un défi majeur : concilier l'exploitation croissante des minerais stratégiques avec les impératifs socio-économiques, sécuritaires et environnementaux, ainsi qu'avec les exigences de justice sociale[1]. Sous l'angle de la redistribution, la Constitution congolaise consacre le principe de justice sociale, en imposant à l'État l'obligation de garantir la jouissance équitable des ressources naturelles au bénéfice de la population[2]. Or, la demande mondiale croissante en ressources

[1] L'expression « scandale géologique » est couramment utilisée pour désigner l'abondance exceptionnelle de ressources minières dont dispose la RDC, tout en soulignant le contraste avec la persistance de la pauvreté et des crises politiques dans le pays. Voir Bonnie CAMPBELL, *Ressources minières en Afrique. Quelle réglementation pour le développement ?*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010, pp. 2-5 et 175-176. Au-delà du scandale géologique, on a pu observer que « [l]a multiplication des tensions autour des minerais stratégiques manifeste l'amplification de leur dynamique conflictogène », ce croisement d'enjeux nationaux et globaux entraînant des minérorivalités nationales et des minérotropismes internationaux. Voir Apoli Bertrand KAMENI, « La dynamique conflictogène des minerais stratégiques. Entre minérorivalités nationales et minérotropisme international », *Revue internationale et stratégique*, vol. 91, 2013, pp. 52-53.

[2] Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006, telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, articles 9 et 58. L'article 9 dispose que : « L'État exerce une souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les eaux, les forêts, sur les espaces aérien, fluvial, lacustre et maritime congolais ainsi que sur la mer territoriale congolaise et sur le plateau continental ». L'article 58 ajoute que : « Tous les

minérales – notamment celles qualifiées, selon les systèmes juridiques et les politiques nationales, de critiques ou de stratégiques pour la transition énergétique – accentue les enjeux géostratégiques et politiques liés à leur exploitation. Face à cette « ruée » vers les minerais critiques, de nombreux États ont engagé d'importantes réformes législatives pour attirer des investissements étrangers massifs. En Afrique, ces réformes ont souvent été impulsées par les institutions financières internationales, dans le cadre de programmes d'ajustement structurel, ouvrant ainsi la voie à l'acquisition d'importants gisements par de grandes entreprises minières[3].

L'essor de l'industrie extractive ne saurait néanmoins être envisagé sous le seul angle de l'attractivité économique. Il emporte des conséquences environnementales, sociales et territoriales majeures, qui invitent à interroger la capacité des cadres juridiques régionaux africains et nationaux à faire des minerais stratégiques un véritable levier de développement durable. La transition énergétique mondiale risque, en effet, de reproduire d'anciennes logiques extractivistes si elle ne s'accompagne pas d'une gouvernance plus équitable des ressources, d'une participation effective des communautés locales et d'une meilleure prise en compte des exigences de justice climatique. À cet égard, l'analyse économique du droit constitue un outil pertinent pour comprendre les fondements de la classification des substances minérales stratégiques, ainsi que les effets susceptibles d'en résulter sur le développement économique et le progrès social en RDC.

Il ne s'agit donc pas ici de dresser un inventaire des conventions internationales liant la RDC, mais plutôt d'examiner sa stratégie nationale de valorisation de la chaîne d'approvisionnement en minerais[4], ainsi que le rôle stratégique qu'elle occupe dans la course mondiale à ces ressources. L'étude entend ainsi montrer que le potentiel minier congolais ne pourra constituer un levier de développement durable que si les mécanismes de gouvernance, de redistribution et de participation locale sont effectivement renforcés. Un survol du secteur minier congolais s'impose dès lors (I), avant d'analyser les enjeux liés aux minerais stratégiques dans le contexte de la transition énergétique mondiale (II).

I.- Secteur minier congolais : état des lieux

Le secteur minier congolais ne peut être analysé isolément : il s'inscrit dans la dynamique plus large de la Vision minière africaine (VMA), qui promeut une exploitation responsable des ressources naturelles au service du développement durable. À l'échelle continentale, divers instruments traduisent une volonté affirmée de concilier croissance économique,

Congolais ont le droit de jouir des richesses nationales. L'État a le devoir de les redistribuer équitablement et de garantir le droit au développement ».

[3] Voir B. CAMPBELL, *Ressources minières en Afrique. Quelle réglementation pour le développement ?*, *op. cit*., pp. 2-5 et 181.

[4] La chaîne d'approvisionnement est une composante importante d'un ensemble de procédés et d'opérations dans l'industrie extractive. Voir à cet égard Y. SHOU, Mingu KANG, Y. WON PARK, *Supply Chain Integration for Sustainable Advantages*, Singapore, Springer, 2022, pp. 131-132.

protection de l'environnement et participation des communautés locales. Toutefois, la mise en œuvre concrète de ces engagements reste marquée par de fortes tensions entre les exigences normatives et les pratiques nationales. L'exemple congolais illustre avec acuité ce décalage : après l'adoption du Code minier de 2002, conçu principalement pour attirer les investisseurs, sa révision en 2018 a introduit des correctifs visant à renforcer la justice sociale et la responsabilité environnementale. L'étude de ces réformes successives met en lumière la difficile recherche d'un équilibre entre attractivité économique, durabilité et respect des droits fondamentaux.

A.- La Vision minière africaine face aux impératifs de développement durable

Le continent africain, porteur de solutions mais également fortement exposé aux effets du changement climatique, se trouve au cœur des enjeux de durabilité. L'aspiration à une Afrique prospère, fondée sur une croissance inclusive et un développement durable, suppose la mobilisation d'efforts concertés pour relever les défis mondiaux, tout en accordant une priorité particulière aux stratégies d'adaptation[5]. Dans ce contexte, l'Afrique s'est dotée de plusieurs outils en matière de durabilité environnementale, sociale et économique. Un examen, même non exhaustif, des principaux instruments et mécanismes mis en place s'avère donc indispensable pour comprendre la portée et les limites de cette vision minière continentale.

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 consacre, à l'article 24, le droit des peuples à « un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement ». Les articles 21 et 22 complètent ce cadre en consacrant respectivement la libre disposition des richesses et ressources naturelles et le droit au développement (économique, social et culturel), soulignant le rôle des États dans l'effectivité de ces droits[6]. La

[5] Voir Commission de l'Union Africaine, « Agenda 2063 : l'Afrique que nous voulons », Addis-Abeba, avril 2015, aspiration 1 : « Une Afrique prospère fondée sur la croissance inclusive et le développement durable », p. 3. L'Agenda 2063 est le cadre stratégique adopté par l'Union africaine (UA) en janvier 2015. Il s'inscrit dans le prolongement de la Déclaration solennelle adoptée en mai 2013 à l'occasion du 50e anniversaire de la création de l'Organisation de l'unité africaine (OUA). Il s'agit d'une feuille de route de long terme, couvrant la période 2013-2063, qui vise à guider le développement économique, social et politique du continent. Conçu comme « vision et feuille de route collectives pour les cinquante prochaines années », l'Agenda 2063 repose sur sept grandes aspirations et incarne l'ambition d'une Afrique intégrée, prospère et pacifique, dirigée par ses propres citoyens et reconnue comme un acteur mondial influent.

[6] Selon 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. 2. En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate. 3. 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. 4. Les États parties à la présente Charte s'engagent, tant individuellement que collectivement à exercer le droit de libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, en vue de renforcer l'unité et la solidarité africaine. 5. Les États parties à la présente Charte s'engagent à éliminer toutes les formes d'exploitation

combinaison de ces dispositions confère à la protection des droits en Afrique une dimension indissociablement environnementale, économique et sociale. La maîtrise et la gestion équitables des ressources naturelles apparaissent, dès lors, comme un enjeu central, conditionnant à la fois la durabilité écologique et la justice sociale. Cette articulation a été confirmée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission ADHP) dans l'affaire *SERAC et CESR c. Nigeria* (2001), qui a interprété les articles 21 et 24 comme imposant aux États non seulement de s'abstenir de porter atteinte aux droits environnementaux, mais aussi de prendre des mesures positives de régulation et de protection[7].

La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles constitue un cadre normatif régional central en la matière. Elle invite les États parties, individuellement et collectivement, à prendre « toutes les mesures appropriées pour prévenir, atténuer et éliminer le plus possible les effets nuisibles sur l'environnement, notamment ceux causés par les substances toxiques et autres substances et déchets dangereux »[8]. Au-delà de cette obligation générale de prévention, la Convention impose que la conservation et la gestion des ressources naturelles soient intégrées dans les plans de développement nationaux et locaux, lesquels doivent tenir compte des facteurs écologiques, économiques, sociaux et culturels[9]. Un autre apport essentiel réside dans la reconnaissance explicite des droits des communautés locales. La Convention promeut, en effet, une approche participative, encourageant l'implication active des populations concernées dans les processus de planification et de gestion des ressources naturelles dont elles dépendent. Ce choix normatif traduit une volonté de concilier exploitation et durabilité, en faisant de la participation communautaire un levier de responsabilisation et de légitimation des politiques publiques[10].

L'Agenda 2063 de l'Union africaine poursuit la même logique. Il intègre les considérations environnementales dans la croissance économique et privilégie la gestion durable des ressources naturelles comme levier d'un

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 » (sur cette question, voir notamment M. HÉBIÉ, C. MAIA, « Article 13 : La présente convention et la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles », *in* G. DISTEFANO, G. GAGGIOLI, A. HÊCHE (dir.), Commentaire de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 459-528). En outre, selon l'article 22 du même instrument : « 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 ».

[7] Commission ADHP, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) et Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*, communication n° 155/96, décision du 27 octobre 2001, §§ 52-58.

[8] Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (version révisée), adoptée à Maputo le 11 juillet 2003, entrée en vigueur le 23 juillet 2016 (remplaçant la Convention d'Alger de 1968), article 13, § 1.

[9] *Ibid*., article 14, § 1.

[10] *Ibid*., article 17, § 3.

développement inclusif[11]. Les ressources naturelles, et notamment minières, y sont envisagées comme un vecteur d'intégration régionale et une véritable opportunité sur laquelle s'appuie la Vision minière africaine[12]. En outre, l'Agenda 2063 s'inscrit dans la continuité de la Vision minière africaine, adoptée en 2009, dont la mise en œuvre est soutenue par le Centre africain pour le développement minier (CADM), créé en 2013. Celui-ci accompagne les États africains dans l'élaboration et la mise en œuvre de politiques minières cohérentes et de cadres juridiques et réglementaires robustes, en vue de leur harmonisation aux niveaux régional et continental[13].

De ces divers instruments, il ressort que la Vision minière africaine intègre explicitement les enjeux de développement durable, la protection de l'environnement y occupant une place centrale. Toutefois, malgré l'existence de ces mécanismes et cadres conventionnels, la mise en œuvre demeure confrontée à d'importants défis, chaque État disposant certes de son propre arsenal juridique interne, mais dont l'efficacité reste variable.

Cette tension entre les engagements normatifs et leur application concrète est particulièrement manifeste dans la jurisprudence africaine, comme l'illustrent plusieurs affaires relatives à des violations des droits de l'homme liées à l'exploitation des ressources naturelles. Bien que la plupart de ces décisions ne concernent pas directement le secteur minier, elles offrent, par analogie, un éclairage pertinent sur les principaux défis que soulève la conciliation entre exploitation des ressources, protection des droits et impératifs de durabilité.

À cet égard, l'affaire *SERAP c. Nigeria* illustre de manière éloquente les limites rencontrées par les États dans la protection des droits liés à l'environnement et aux ressources naturelles. Cette affaire a opposé l'organisation non gouvernementale *Socio-Economic Rights and Accountability Project* (SERAP) au Nigeria devant la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). La requête dénonçait notamment le défaut d'information des communautés locales et demandait à la Cour d'ordonner que leurs points de vue soient recueillis dans les processus de planification et d'élaboration des politiques relatives au delta du Niger. Elle mettait également en cause les effets néfastes

[11] Commission de l'Union Africaine, « Agenda 2063 : l'Afrique que nous voulons », *op. cit.*, aspiration 1 : « Une Afrique prospère fondée sur la croissance inclusive et le développement durable ».

[12] La Vision minière africaine (VMA) (*African Mining Vision – AMV*) est un cadre stratégique continental adopté par l'Union africaine en 2009 (Addis-Abeba) pour guider la gestion des ressources minérales en Afrique. Son objectif central est de transformer le secteur minier africain, afin qu'il contribue réellement au développement équitable et durable du continent, au lieu de se limiter à l'exportation de matières premières brutes.

[13] Le CADM a été créé afin de soutenir la mise en œuvre de la Vision minière africaine, adoptée par l'Union africaine en 2009. Son principal objectif est de coordonner et de superviser la mise en œuvre de cette Vision et de son Plan d'action, afin de permettre au secteur des ressources minérales de contribuer à la transformation socio-économique du continent, à une croissance inclusive et au développement durable. Ses activités s'inscrivent dans le cadre des objectifs de l'Agenda 2063. Le Statut du Centre, visant à ériger le Centre en institution spécialisée de l'Union africaine, a été adopté lors de la 26e session ordinaire de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, tenue à Addis-Abeba, en Éthiopie, le 31 janvier 2016 (décision Assembly/AU/Dec. 589 (XXVI)).

des activités de l'industrie pétrolière sur la santé et les moyens de subsistance des populations[14].

La Cour a constaté que la dégradation persistante de l'environnement dans la région avait eu des conséquences particulièrement graves sur la vie et les moyens de subsistance des communautés affectées[15]. Elle a rappelé qu'il incombait à la République fédérale du Nigeria de prévenir une telle situation ou d'y remédier, en tenant pour responsables les acteurs impliqués et en assurant une réparation adéquate[16]. Réagissant aux mesures adoptées par le gouvernement nigérian, la Cour a considéré que celles-ci étaient insuffisantes. Elle a notamment relevé le défaut d'application effective de la législation environnementale et l'absence de mesures propres à prévenir les dommages et à obliger leurs auteurs à répondre de leurs actes[17]. En conséquence, la Cour a ordonné au Nigeria de prendre toutes les mesures nécessaires pour restaurer l'environnement dans le delta du Niger et pour prévenir toute détérioration future[18]. Cet arrêt illustre ainsi le rôle croissant du juge régional dans la reconnaissance du droit à un environnement satisfaisant et dans l'affirmation des obligations de vigilance et de diligence incombant aux États.

Un autre exemple éloquent est l'affaire *Batwa*[19]. Cette affaire a été introduite par les organisations non gouvernementales *Minority Rights Group International* (MRG) et *Environnement Ressources Naturelles et Développement* (ERND), au nom du peuple autochtone Batwa, contre la RDC. En 1937, l'administration coloniale belge avait créé la réserve zoologique et forestière du mont Kahuzi. Les Batwa, qui y avaient toujours exercé leurs modes de vie traditionnels, furent progressivement expulsés à la suite de la transformation de la réserve en parc national en 1970, puis de l'extension de celui-ci en 1975, selon une conception de la conservation de la nature excluant la présence des populations autochtones[20].

Les requérants invoquaient la violation de plusieurs dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, notamment les articles 21 et 22, qui garantissent respectivement le droit des peuples de disposer librement de leurs richesses et ressources naturelles, ainsi que le droit au développement économique, social et culturel[21]. La Commission a constaté que les Batwa avaient été privés de leurs terres ancestrales sans consultation préalable ni indemnisation adéquate. Elle a également condamné le modèle de conservation fondé sur l'exclusion des peuples autochtones de leurs terres ancestrales sans leur consentement libre et préalable. Elle a, en outre, estimé que la RDC avait causé ou n'avait pas empêché la dégradation

[14] Cour de justice de la CEDEAO, *SERAP c. République fédérale du Nigeria*, affaire n° ECW/CCJ/APP/08/09, arrêt n° ECW/CCJ/JUD/18/12, 14 décembre 2012, §§ 14-15.
[15] *Ibid.*, § 114.
[16] *Ibid.*, § 97.
[17] *Ibid.*, §§ 108, 110-111.
[18] *Ibid.*, § 121.
[19] Commission ADHP, *Minority Rights Group International et Environnement Ressources Naturelles et Développement (au nom des Batwa du Parc national de Kahuzi-Biega, RDC) c. République démocratique du Congo*, communication n° 588/15, 21 avril-13 mai 2022.
[20] *Ibid*., §§ 3, 5-6.
[21] *Ibid*., § 13.

des ressources naturelles de leur forêt[22]. Concernant le droit au développement, la Commission a jugé que les Batwa n'avaient pas été consultés avant leur expulsion et que celle-ci avait gravement affecté leur développement socio-économique et culturel[23]. Parmi les mesures de réparation recommandées, elle a demandé la création d'un comité indépendant d'experts chargé d'évaluer l'indemnisation nécessaire pour réparer le préjudice subi par les Batwa[24].

Cet arrêt illustre une tendance constante dans la jurisprudence africaine relative aux droits humains : même en dehors du secteur minier, plusieurs affaires mettent en lumière l'absence récurrente de participation des communautés locales dans la conception et la mise en œuvre des politiques et projets concernant l'utilisation, la gestion ou la conservation des ressources naturelles[25]. L'affaire *Ogiek* en fournit une illustration marquante. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples y a jugé que les expulsions répétées des Ogiek de leurs terres ancestrales dans la forêt de Mau, sans consultation effective, avaient eu des répercussions négatives sur leur développement économique, social et culturel et constituaient ainsi une violation de leur droit au développement[26].

Au-delà de ces décisions jurisprudentielles, divers rapports font état des conséquences environnementales et humaines des activités minières et, plus largement, extractives en Afrique[27]. En Guinée, l'extraction de la bauxite suscite de sérieuses préoccupations environnementales et relatives aux droits humains, notamment en raison de la pollution et de ses effets négatifs sur les ressources en eau, la qualité de l'air, les terres et les moyens de subsistance des communautés locales[28]. Au Mali, les programmes de développement communautaire mis en place par deux grandes entreprises minières exploitant l'or (SEMOS et Morila S.A.) ont souvent été conçus en dehors des

[22] *Ibid.*, §§ 188-198, en particulier le § 196 (la Commission a estimé que la RDC avait causé ou n'avait pas empêché la dégradation environnementale des ressources naturelles de la forêt des Batwa) et le § 198 (concluant à une violation des paragraphes 1 et 2 de l'article 21 de la Charte africaine).
[23] *Ibid.,* §§ 204-205.
[24] *Ibid.,* § 233 (ix).
[25] Voir notamment Commission ADHP : *Endorois c. Kenya*, communication n° 276/2003, 2010 ; *SERAC et CESR c. Nigeria*, communication n° 155/96, 2001.
[26] Cour ADHP, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya* (requête n° 006/2012, arrêt du 26 mai 2017. Dans son arrêt au fond, la Cour a constaté que les Ogiek avaient été expulsés sans avoir été effectivement consultés (§ 210). Si l'exigence d'un consentement préalable, libre et éclairé figurait alors dans les prétentions de la Commission requérante (§§ 43 et 202), la Cour ne l'a expressément intégrée à son propre raisonnement que dans son arrêt sur les réparations du 23 juin 2022 (§§ 142 et 144).
[27] Voir : Amnesty International, *Rapport 2022/23 : la situation des droits humains dans le monde*, rapport POL 10/5670/2023, Londres, 2023, p. 234 ; Human Rights Watch, *"What Do We Get Out of It?": The Human Rights Impact of Bauxite Mining in Guinea*, New York, 4 October 2018. Plus généralement, les activités extractives peuvent générer des déchets et d'autres résidus qui polluent les cours d'eau, endommageant ainsi les écosystèmes et nuisant aux conditions de vie des communautés voisines, comme l'illustre la pollution liée aux activités pétrolières de Shell au Nigeria. Voir, à cet égard, P. MANIRAKIZA, « La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique », *Criminologie*, vol. 49, 2016, p. 119.
[28] Voir Amnesty International, *Rapport 2022/23 : la situation des droits humains dans le monde*, *op. cit*., p. 234.

communautés concernées, les financements alloués restant limités et les priorités définies ne correspondant pas aux besoins sociaux réels[29]. En Namibie, dans le secteur pétrolier, une requête a été déposée par des organisations locales pour suspendre les activités d'une entreprise canadienne d'exploration pétrolière et gazière dans la région du Kavango, les communautés autochtones exprimant leurs craintes que ces activités ne provoquent une baisse du niveau des nappes phréatiques et d'autres dommages environnementaux[30].

B.- Le secteur minier congolais à l'épreuve des réformes successives

Le Code minier de 2002, adopté par la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002[31], constitue un tournant majeur dans l'histoire récente du secteur minier congolais. Son adoption est, en effet, intervenue dans un contexte marqué par la persistance des conflits armés et l'amorce d'un processus de reconstruction : après plusieurs années de guerre et une profonde récession économique, la reconstruction apparaissait urgente[32]. Dans le cadre des programmes d'ajustement structurel (PAS) promus par les institutions financières internationales, l'option retenue a été celle d'une libéralisation progressive de l'économie, avec une approche largement sectorielle[33]. Confrontée à une dette extérieure insoutenable et à la faiblesse des investissements étrangers, la RDC, avec l'appui technique et financier de la Banque mondiale, s'est engagée dans une refonte de sa législation minière, afin de rendre le pays plus attractif pour les capitaux internationaux[34].

Le Code minier de 2002 traduisait cette orientation en instaurant des garanties fortes de stabilité du régime fiscal, douanier et de change, conformément à son article 276. Jusqu'à sa révision en 2018, le Code a également offert aux entreprises minières un régime fiscal et douanier particulièrement favorable, marqué par des allègements fiscaux et des avantages douaniers substantiels. Comme l'a observé Timothée Tseki, ce Code a marqué « la réorientation de la politique minière en RDC »[35]. Dans la même veine, Marie Mazalto a souligné que, « face à un État jugé incapable

[29] Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH*), Mali : l'exploitation minière et les droits humains. Mission internationale d'enquête. Troisième producteur d'or d'Afrique, le Mali ne récolte que des poussières*, rapport n° 477, Paris, septembre 2007, p. 20.
[30] *Ibid.*, pp. 343-344.
[31] RDC, Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, *Journal officiel de la République démocratique du Congo*, 43e année, numéro spécial, 15 juillet 2002, exposé des motifs.
[32] Voir J.-L. MOREAU, « De la décolonisation à la zaïrianisation. Le sort des capitaux belges au Congo », *in* L. BADEL, A. BELTRAN (dir.), *Entreprises, État et risques géopolitiques au XXe siècle*, Paris, IRICE, 2010, pp. 61-77.
[33] Voir M. MAZALTO, « La réforme du secteur minier en République démocratique du Congo : enjeux de gouvernance et perspectives de reconstruction », *Afrique contemporaine*, n° 227, 2008, pp. 53-56.
[34] Voir R. CÔTÉ, *L'Afrique verte et les industries extractives*, Paris, L'Harmattan, 2023, p. 22 : « La démarche de la Banque mondiale et des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) était fondée sur une nécessité de mettre en valeur la terre au travers des investissements privés étrangers ».
[35] T. TSEKI NZALABATU, *Le droit minier congolais,* Paris, Edilivre, 2020, p. 55.

d'assurer ses fonctions, la libéralisation économique amorcée est présentée comme un impératif du développement du pays »[36]. Ces analyses mettent en évidence la philosophie générale du Code minier : privilégier l'attractivité économique et la sécurisation des investisseurs, alors que les garanties sociales demeuraient limitées et que les obligations environnementales étaient souvent faiblement mises en œuvre.

La mise en œuvre du Code minier de 2002 a cependant révélé d'importantes insuffisances et suscité des appels croissants à sa révision[37]. En pratique, les résultats étaient loin d'être satisfaisants : l'exploitation minière a produit des bénéfices limités au regard de son ampleur, tant pour l'État que pour les communautés locales[38]. Les mesures incitatives introduites par le Code, pensées pour attirer les investisseurs étrangers, se sont traduites, dans les faits, par des avantages substantiels pour les compagnies minières, sans redistribution proportionnée des revenus miniers ni retombées sociales équivalentes. Comme l'a souligné une étude du Centre Carter, « les parties prenantes ont constaté le faible niveau de contribution du secteur minier au développement durable des communautés affectées »[39]. Cette critique reflète un constat largement partagé dans la doctrine et par les acteurs de terrain : la libéralisation du secteur minier congolais, dans sa version initiale, a accordé la priorité aux logiques économiques, sans répondre suffisamment aux impératifs de justice sociale et de durabilité[40].

C'est précisément pour remédier à ces limites que le législateur congolais a adopté, en 2018, une révision en profondeur du dispositif de 2002. Tout en maintenant l'objectif d'attractivité du secteur minier, le Code révisé introduit d'importants correctifs destinés à renforcer le contrôle de l'État et à mieux prendre en compte les intérêts des communautés locales affectées, rééquilibrant ainsi la relation entre entreprises minières, État et communautés locales. Parmi ces innovations, l'une des plus significatives réside dans le renforcement et la formalisation des obligations découlant de la responsabilité sociétale des titulaires de droits miniers d'exploitation et d'autorisations d'exploitation de carrières permanente. En imposant à ces acteurs de formaliser leurs engagements vis-à-vis des communautés locales affectées,

---

[36] M. MAZALTO, « La réforme du secteur minier en République démocratique du Congo : enjeux de gouvernance et perspectives de reconstruction », *op. cit*., p. 57.

[37] Voir M. MAZALTO, « Gouvernance, droits humains et secteur minier en République démocratique du Congo », *in* Bonnie CAMPBELL (dir.), *Ressources minières en Afrique. Quelle réglementation pour le développement ?*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010, p. 181, dont la critique met en évidence l'échec des plans d'ajustement structurel et des réformes minières répondant à un modèle de développement du secteur minier strictement économique : « À bien des égards, ces programmes semblent parfois peu adaptés aux capacités d'absorption (humaines et matérielles), au passif financier et gestionnaire légué par les gouvernements antérieurs, à la culture politique ou encore au poids des réalités sociales liées à la transition et au contexte post-transition ».

[38] Voir Centre Carter, *Rapport d'impact des investissements miniers étrangers sur les droits humains. Cas des investissements Chemical of Africa (Chemaf) et Ruashi Mining au Katanga*, Atlanta, octobre 2012, p. 7.

[39] Centre Carter, *Guide pratique des négociations, d'instruction et d'exécution du cahier des charges de responsabilité sociétale des entreprises minières en RDC*, Lubumbashi, mai 2022, p. 1.

[40] Voir M. MAZALTO, « La réforme du secteur minier en République démocratique du Congo : enjeux de gouvernance et perspectives de reconstruction », *op. cit.*, pp. pp. 53-80.

cette réforme confère une reconnaissance juridique au rôle de celles-ci dans la définition et la réalisation des projets de développement destinés à leur bénéficier.

Cette innovation constitue, à n'en pas douter, un jalon essentiel dans la construction d'une justice sociale dans le secteur minier congolais. Elle traduit la volonté d'inscrire l'activité extractive dans une logique plus inclusive et plus responsable, en articulant exploitation des ressources et respect des droits fondamentaux des communautés, même si l'effectivité de cette avancée dépendra de sa mise en œuvre concrète et des mécanismes de contrôle et de sanction l'accompagnant.

C'est précisément dans cette perspective qu'a été introduit le mécanisme du cahier des charges prévu à l'article 285 *septies* du Code minier. Cet instrument a pour objet de formaliser les engagements sociaux des titulaires de droits miniers d'exploitation ou d'autorisations d'exploitation de carrières permanente envers les communautés locales, notamment en matière de réalisation d'infrastructures socioéconomiques et de services essentiels[41]. En principe, il doit être élaboré et déposé, puis approuvé par le gouvernement provincial, au plus tard six mois avant le début de l'exploitation. Dans les faits, cependant, sa mise en œuvre demeure largement défaillante : rares sont les entreprises disposant d'un cahier des charges conforme et validé avec les communautés concernées. Une étude menée en 2020 par Cordaid, une organisation internationale d'aide d'urgence et de développement, révélait ainsi que, « sur plus de 220 opérateurs miniers titulaires d'environ 750 droits miniers d'exploitation (…), seules deux sociétés minières, Phelps Dodge Congo et Kalongwe Mining, avaient signé un tel document »[42]. À cette date, l'absence de base de données centralisée et de mécanismes de suivi transparents a accentué encore la difficulté d'évaluer le respect de cette exigence.

L'intégration de cette obligation sociale est l'aboutissement d'une longue lutte portée par diverses forces vives de la société civile congolaise. Elle traduit la volonté de corriger le déséquilibre persistant entre l'exploitation intensive des ressources minières et le faible développement local observé après plusieurs décennies d'exploitation. Néanmoins, la pratique révèle encore de nombreux défis : l'absence de sanctions effectives en cas de non-exécution, l'insuffisance d'informations accessibles et de consultations libres et éclairées, et la faible inclusion des femmes et des jeunes dans le processus décisionnel[43]. En outre, plusieurs études de terrain

[41] Voir J.-F. MUPANDE KAPWA, *Code minier révisé et annoté de la République démocratique du Congo 2020*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 334. Voir aussi Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, telle que modifiée et complétée par la Loi n° 18/001 du 9 mars 2018, *Journal officiel de la République démocratique du Congo*, 59e année, numéro spécial, 3 mai 2018.

[42] Cordaid, *Rapport d'évaluation de la mise en œuvre du Code minier révisé sur le développement communautaire*, Kinshasa, juin 2020, p. 8.

[43] Voir 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*, vol. 40, 2010, p. 78.

ont mis en évidence des cas d'évictions forcées d'occupants du sol liés à des projets miniers[44].

Face à ces limites, des mesures de renforcement apparaissent indispensables. La déchéance des droits miniers en cas de manquement, prévue par le Code minier, devrait être appliquée de manière effective, afin de garantir le respect des engagements pris par les entreprises. La responsabilité sociétale s'articule également avec la responsabilité environnementale et industrielle. Le Code minier impose notamment aux titulaires de droits miniers d'exploitation de prévoir la réhabilitation des sites à leur fermeture et de constituer une provision à cette fin. Il consacre, de plus, la responsabilité des titulaires pour les dommages causés aux personnes, aux biens et à l'environnement par les activités minières, même en l'absence de faute ou de négligence[45]. Enfin, il prévoit l'imprescriptibilité des actions en réparation des dommages causés aux personnes et à l'environnement par les activités minières[46].

Si la consécration de ces diverses garanties dans le régime minier constitue une avancée notable, leur mise en œuvre effective demeure toutefois un enjeu crucial, particulièrement à l'ère de la compétition mondiale pour l'accès aux minerais stratégiques, où la tentation de sacrifier les impératifs sociaux et environnementaux au profit de la rentabilité économique reste forte[47].

---

[44] Comme indiqué dans un rapport d'Amnesty International : « Les expulsions sont souvent réalisées par des opérateurs miniers qui ont peu de considération pour les droits des populations affectées et le respect de la législation nationale. Le gouvernement congolais n'a pas respecté ces garanties légales et, dans certains cas, a facilité les expulsions forcées » (*Alimenter le changement ou le statu quo ? Expulsions forcées dans les mines industrielles de cobalt et de cuivre en République démocratique du Congo*, rapport AFR 62/7009/2023, Londres, 2023, p. 100).

[45] Voir RDC, Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, telle que modifiée et complétée par la Loi n° 18/001 du 9 mars 2018, articles 71, *littera* b), 80, *littera* c), et 258. Les articles 71 et 80 imposent au titulaire de démontrer l'existence des ressources financières nécessaires à la réalisation du plan de réhabilitation du site à sa fermeture, respectivement lors de l'octroi et du renouvellement du permis d'exploitation. L'article 258 lui impose de constituer une provision pour la réhabilitation du site sur lequel sont conduites les opérations minières. Sur le contexte international de renforcement des exigences environnementales applicables aux industries extractives, voir Groupe de la Banque mondiale, *Vers un meilleur équilibre : le Groupe de la Banque mondiale et les industries extractives. Le rapport final de la revue des industries extractives*, Washington, D.C., 17 septembre 2004, pp. 19-20.

[46] Tel est l'esprit de l'article 285 *quinquies* du Code minier (introduit pat la Loi n° 18/001 du 9 mars 2018). En outre, conformément à l'alinéa 1 de l'article 285 *bis* du Code minier : « Tout titulaire d'un droit minier et/ou des carrières est responsable des dommages causés aux personnes, aux biens et à l'environnement du fait de ses activités minières, même en l'absence de toute faute ou négligence. Il est tenu à les réparer ». Cette responsabilité de plein droit rejoint les exigences accrues de protection des communautés affectées et d'évaluation environnementale promues par les institutions financières internationales, notamment le Groupe de la Banque mondiale. Voir Groupe de la Banque mondiale, *Vers un meilleur équilibre : le Groupe de la Banque mondiale et les industries extractives. Le rapport final de la revue des industries extractives*, *op. cit*., pp. 18-20.

[47] Globalement, les projets extractifs sont situés dans des territoires éloignés, socialement et écologiquement fragiles, où la présence de l'État et la surveillance réglementaire sont souvent faibles. Voir T. RODON *et al.* (eds.), *Mining and Indigenous Livelihoods: Rights, Revenues, and Resistance*, Londres, Routledge, 2024, p. 9.

II.- Minerais stratégiques africains : transition énergétique et durabilité

La transition énergétique mondiale, indispensable pour répondre aux défis du changement climatique, entraîne une demande accrue en minerais stratégiques, dont d'importantes réserves se trouvent en Afrique. Ce contexte place le continent au cœur d'enjeux économiques, géopolitiques et environnementaux de premier ordre : d'un côté, la possibilité d'une intégration plus affirmée dans l'économie mondiale et d'une relance industrielle ; de l'autre, le risque d'une nouvelle dépendance extractiviste accentuant les déséquilibres sociaux et environnementaux. L'analyse des dynamiques de ruée vers les minerais stratégiques et des enjeux de leur classification permet de mieux comprendre les défis et perspectives de la durabilité en Afrique, à travers l'exemple particulièrement révélateur de la RDC.

A.- La transition énergétique : opportunités et tensions autour des minerais stratégiques

Le lien entre la transition énergétique et la convoitise croissante des minerais stratégiques n'est plus à démontrer. Sous l'impulsion de plusieurs conventions internationales et de l'objectif de décarbonation de l'économie en réponse au changement climatique, de nombreux États ont investi massivement dans les secteurs des « technologies vertes », impliquant de nouvelles solutions[48]. Comme l'a souligné pertinemment Sophie Thériault, « les minéraux considérés critiques ou stratégiques peuvent varier selon les pays et au fil du temps, en fonction notamment des avancées technologiques, des besoins économiques et sociétaux, et des enjeux géopolitiques mondiaux »[49]. Ces minéraux représentent une véritable « opportunité générationnelle », mais leur extraction et leurs chaînes d'approvisionnement comportent également des risques économiques, géopolitiques et environnementaux, d'où la nécessité de chaînes d'approvisionnement à la fois sûres et durables[50].

L'accès aux minerais stratégiques a, de longue date, revêtu une importance déterminante pour la transformation industrielle des nations[51]. Depuis l'Antiquité romaine, la puissance militaire et les grandes transformations économiques et industrielles se sont appuyées sur l'exploitation de ressources minérales considérées, dans leur contexte respectif, comme stratégiques[52]. De nos jours, en droit congolais, la

[48] S. THÉRIAULT, « Pour une transition énergétique juste : les droits des peuples autochtones et le développement des minéraux "critiques" au Canada », *in* Olivier DELAS *et al.* (dir.), *Défis énergétiques et enjeux sécuritaires et environnementaux contemporains. Perspectives transatlantique et internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2024, pp. 53-55.
[49] *Ibid.,* p. 55.
[50] Ressources naturelles Canada, *Stratégie canadienne sur les minéraux critiques. De l'exploration au recyclage : alimenter l'économie verte et numérique du Canada et du monde entier*, Ottawa, 2022, p. 5.
[51] Voir N. VALCKX *et al.,* « Metals Demand From Energy Transition May Top Current Global Supply », *IMF blog*, 8 December 2021.
[52] Voir A. B. KAMENI, *Minerais stratégiques : enjeux africains,* Paris, PUF, 2013, pp. 1-5.

classification d'une substance minérale comme stratégique entraîne l'application de dispositions réglementaires particulières régissant son accès, sa recherche, son exploitation et sa commercialisation. Si plusieurs États développés, comme le Canada ou certains pays européens, motivent leur classification par les enjeux auxquels ils doivent faire face[53], dont des impératifs de transition énergétique[54], l'élaboration d'une approche continentale harmonisée a été plus tardive en Afrique.

En effet, pendant longtemps, l'Afrique n'a pas disposé d'une politique harmonisée en matière de minerais critiques. Or, selon l'Agence internationale de l'énergie, entre 2017 et 2022, la demande de lithium a triplé, tandis que celles de cobalt et de nickel ont respectivement augmenté de 70 % et de 40 %[55]. Le marché mondial des minéraux critiques connaît une croissance exponentielle, atteignant plusieurs milliards de dollars, et pourrait représenter jusqu'à 400 milliards d'ici 2050[56]. Dans ce contexte, les États africains ont développé des approches nationales diverses, ce qui souligne l'importance de renforcer la coordination et l'harmonisation au niveau continental, sans préjudice de la souveraineté des États en la matière.

En RDC, le gouvernement a déclaré, en 2018, le cobalt, le germanium et la colombo-tantalite (« coltan ») substances minérales stratégiques, au regard de la conjoncture économique internationale et de leur importance pour les technologies de l'information et de la communication, les énergies renouvelables et le domaine militaire[57]. L'analyse économique du droit permet de mettre en évidence les interactions entre règle juridique et efficacité économique[58]. Concrètement, cette classification a eu pour effet de porter le

[53] L'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN/NATO) dispose, par exemple, d'une liste des minéraux critiques considérés comme importants pour la défense des États membres et alliés. Voir OTAN, « NATO Releases List of 12 Defence-Critical Raw Materials », Bruxelles, 11 décembre 2024.

[54] Voir Systemiq, *A Critical Raw Material Supply-Side Innovation Roadmap for the EU Energy Transition*, Londres, décembre 2024, p. 1.

[55] Agence internationale de l'énergie (AIE/IEA), *Critical Minerals Market Review 2023*, Paris, juillet 2023, p. 4.

[56] J. BOAFO, É. STEMN, J. OBODAI, P. NTI NKRUMAH, « Ruée vers l'Afrique pour l'extraction des minéraux essentiels comme le lithium : comment le continent devrait répondre à la demande », *The Conversation*, 29 mai 2024.

[57] Décret n° 018/042 du 24 novembre 2018 portant déclaration du cobalt, du germanium et de la colombo-tantalite « coltan » comme substances minérales stratégiques, article 1. Le décret de 2018 a été complété en 2019 par deux autres décrets importants. D'abord, le décret n° 19/15 du 5 novembre 2019 portant sauvegarde des activités relatives aux substances minérales stratégiques d'exploitation artisanale, qui a créé une nouvelle institution, l'Entreprise générale du cobalt (EGC), dont la mission consiste à s'occuper exclusivement de la production artisanale. Ensuite, le décret n° 19/16 du 5 novembre 2019 portant création, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation et de contrôle des marchés des substances minérales stratégiques (ARECOMS), un établissement public à caractère administratif et technique placé sous la tutelle du ministère des Mines. La mise en place effective de ces organes permettrait un renforcement de la stratégie nationale de mise en valeur des minerais stratégiques issus notamment de la production artisanale.

[58] Voir : Th. KIRAT, « Économie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique*, vol. 49, 1998, p. 1060 ; E. MACKAAY *et al.*, « Analyse économique du droit », *in* S. BERNATCHEZ, L. LALONDE (dir.), *Approches et fondements du droit*, tome 3, *Interdisciplinarité et théories critiques*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 123 (« Le premier usage de l'analyse économique du droit vise à déterminer les effets d'un changement de règle juridique ou, symétriquement, ceux d'une règle inchangée »).

taux de la redevance minière applicable aux substances stratégiques de 3,5 % à 10 %[59]. Certains observateurs estiment toutefois que cette mesure répondait autant à des considérations économiques qu'à des contraintes politiques, notamment dans le contexte du recadrage des contrats conclus entre le gouvernement congolais et un consortium d'entreprises chinoises, en contrepartie de la construction d'infrastructures[60].

Mais si la classification constitue un instrument stratégique, elle ne résout pas tous les défis. Le développement demeure un vaste chantier inachevé du droit international, dont la portée éthico-juridique continue d'alimenter les débats[61]. En dépit des proclamations solennelles, les précarités économiques et sociales persistantes dans plusieurs régions du monde, en particulier en Afrique, font du droit au développement une promesse encore largement irréalisée. Les modèles portés dans les années 1970 et 1980 à travers le projet de Nouvel ordre économique international (NOEI) ont rapidement montré leurs limites[62]. Sur le plan juridique, les fondements conventionnels du droit au développement restent limités. Seule la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples consacre expressément le droit au développement en tant que droit collectif des peuples[63]. Néanmoins, si ce droit a donné lieu à une jurisprudence substantielle de la Commission et de la Cour africaines, son effectivité demeure limitée par les difficultés d'exécution des décisions et de traduction de ces principes dans les politiques publiques, particulièrement dans le secteur stratégique des ressources minières.

Compte tenu de l'immense potentiel minier du continent africain, il est impératif d'assurer la mise en œuvre effective et la consolidation d'une stratégie continentale cohérente, capable de concilier l'essor de l'extraction minière avec les impératifs du développement local. L'Afrique devrait ainsi se trouver en position favorable pour impulser sa transformation économique et renforcer son poids géostratégique. Pourtant, un fossé persistant sépare l'intensification des activités extractives des exigences d'un développement durable dans de nombreux pays africains. Les défis environnementaux, sanitaires et alimentaires appellent des réponses adaptées, afin que la transition énergétique mondiale devienne une véritable opportunité pour le continent et que ses ressources minières servent effectivement de levier de prospérité[64].

Dans cette perspective, l'Observatoire africain des minéraux verts – initiative lancée officiellement en 2024 sous la supervision du Centre africain de développement minier (CADM/AMDC) de l'Union africaine – offre un cadre prometteur pour une meilleure coordination continentale. Pour l'heure,

---

[59] RDC, Loi n° 18/001 du 9 mars 2018 modifiant et complétant la Loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, article 241.
[60] B. MATABISHI, F. MAYANI, *Entre espoirs & réalités. Regard critique sur le régime fiscal du Code minier révisé de la RDC*, Centre Carter, Kinshasa, avril 2025, p. 3.
[61] Voir M. KAMTO, *Objectivisme et volonté(s)* (présentation M. M. MBENGUE, A. KOAGNE ZOUAPET), Paris, Pedone, 2021, p. 136.
[62] *Ibid.,* p. 131.
[63] *Ibid.,* pp. 135-136.
[64] Voir P. MANIRAKIZA, « La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique », *op. cit.*, p. 118.

le faible nombre de ratifications de l'instrument portant création du Centre empêche l'entrée en vigueur de son Statut et sa pleine opérationnalisation[65]. Or, les travaux de l'Observatoire pourraient jouer un rôle déterminant en mettant à la disposition des États africains des données, des analyses et des ressources stratégiques susceptibles de soutenir la mise en œuvre d'une véritable stratégie continentale, tout en respectant la souveraineté des États membres.

Si les objectifs de développement durable (ODD) ne revêtent pas, en tant que tels, de caractère juridiquement contraignant, les États africains sont néanmoins appelés à se les approprier et à établir des cadres nationaux permettant leur réalisation[66]. Cette responsabilité s'étend tout particulièrement à la gestion durable des ressources minières, au cœur de la transition énergétique mondiale.

La valorisation et la sécurisation de la chaîne d'approvisionnement en minerais stratégiques supposent notamment un contrôle effectif des sites miniers et des régions avoisinantes, considéré comme un impératif de bonne gouvernance du secteur. Toute interruption de l'approvisionnement aurait des conséquences économiques et géopolitiques majeures[67]. Sur ce point, le cas de la RDC est particulièrement révélateur : l'exploitation artisanale conserve un poids économique et social considérable dans certaines filières minières congolaises, notamment celles de l'or, de l'étain, du tantale et du tungstène, ainsi que dans une partie de la production de cobalt. L'encadrement de cette activité reste cependant problématique. Les tensions récurrentes entre les titulaires de concessions minières et les communautés locales, de même que la présence et l'ingérence de groupes armés dans certaines zones minières, aggravent la situation. Plusieurs rapports, notamment ceux du Groupe d'experts des Nations Unies sur la RDC, documentent non seulement la persistance de flux illicites de minerais, mais aussi d'importantes défaillances en matière de traçabilité, de diligence raisonnable et de contrôle des chaînes

[65] Précisons que le CADM, créé en 2013 par décision de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine, et dont le statut a été adopté en 2016 à Addis-Abeba (Assembly/AU/Dec.589(XXVI)), a pour mandat principal de mettre en œuvre la Vision minière africaine (2009). Son entrée en vigueur est conditionnée à un nombre minimum de 15 ratifications, ce qui reste encore en suspens. En janvier 2025, quatre États membres (Guinée, Mali, Zambie, Nigeria) avaient ratifié le Statut et huit autres l'avaient signé (Comores, Ghana, Mauritanie, République arabe sahraouie démocratique, Sierra Leone, Soudan, Tchad, Togo) (source : https://au.int/en/pressreleases/20260121/alliance-advance-african-minerals-development-centre-amdc-statute). L'Observatoire africain des minéraux verts est, quant à lui, une initiative plus récente placée sous la supervision du CADM. Il ne constitue pas une institution autonome dotée d'une personnalité propre, mais plutôt un mécanisme thématique non institutionnel autonome, destiné à fournir des données, analyses et orientations stratégiques sur les minerais liés à la transition énergétique (lithium, cobalt, terres rares, etc.) (source : https://www.africangreenminerals.com/about.html).

[66] CADM, *Système africain de classification et de gestion des ressources minérales et énergétiques (AMREC)*, Addis-Abeba, 31 août 2019, p. 11.

[67] Voir B. CAMPBELL, *Ressources minières en Afrique. Quelle réglementation pour le développement ?*, *op. cit*., p. 231, qui défend que le contrôle des sites miniers et régions avoisinantes est un impératif pour l'instauration d'une bonne gouvernance vecteur du développement économique et social.

d'approvisionnement[68], favorisant ainsi la fraude, la contrebande et une gouvernance déficiente du secteur[69].

Un autre défi majeur réside dans la forte volatilité des prix sur les marchés internationaux. Sans stratégie efficace de valorisation et de gestion de ces ressources, les pays producteurs peinent à tirer profit de leurs minerais au moment opportun. L'exemple du cobalt est éloquent : après un pic en mars 2018, son prix a été divisé par trois au cours de l'année 2019, illustrant la fragilité économique résultant d'une dépendance excessive à un seul produit[70]. Cette instabilité plaide pour une diversification accrue des économies africaines, afin de réduire leur vulnérabilité aux chocs des marchés mondiaux.

Par ailleurs, malgré la multiplication d'initiatives en faveur d'une économie verte, d'autres défis persistent : la durabilité des projets, l'intégration effective des évaluations environnementales stratégiques[71], ou encore l'exclusion de certaines parties prenantes locales des processus décisionnels. Ces lacunes compromettent la capacité du continent à faire des minerais stratégiques un véritable levier de développement durable et inclusif.

B.- La classification des minerais stratégiques : un impératif pour des stratégies nationales cohérentes

Malgré l'émergence de nombreux discours en faveur de la transition énergétique, les pratiques des États demeurent souvent principalement orientées vers les bénéfices économiques immédiats, reléguant au second plan les considérations sociales et environnementales à plus long terme. Cette logique contribue à expliquer, par exemple, que l'application effective des cahiers des charges demeure largement déficiente en RDC. Le sort des populations autochtones et des communautés locales est particulièrement

---

[68] Voir Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo : *Rapport final du Groupe d'experts conformément au paragraphe 6 de la Résolution 2783 (2025)*, ONU doc. S/2026/466, 5 juin 2026, §§ 174-225 ; *Rapport final du Groupe d'experts conformément au paragraphe 6 de la Résolution 2738 (2024)*, ONU doc. S/2025/446, 3 juillet 2025, §§ 109-121 ; *Rapport final du Groupe d'experts conformément au paragraphe 6 de la Résolution 2688 (2023)*, ONU doc. S/2024/432, 4 juin 2024, §§ 138-148, 162-174, 189-219. La liste des différents rapports est consultable sur le site des Nations Unies : https://main.un.org/securitycouncil/fr/sanctions/1533/panel-of-experts/expert-reports.

[69] Amnesty International, *Democratic Republic of the Congo: Time to Recharge: Corporate Action and Inaction to Tackle Abuses in the Cobalt Supply Chain*, rapport AFR 62/7395/2017, Londres, 2017.

[70] France, Direction générale du Trésor, « Le secteur minier en République démocratique du Congo », janvier 2020 (https://www.tresor.economie.gouv.fr/Pays/CD/le-secteur-minier-en-rd-congo).

[71] L'évaluation environnementale stratégique constitue un instrument essentiel permettant d'intégrer les considérations sociales dans une approche participative et inclusive. Si, dans de nombreux pays, la responsabilité sociale des entreprises demeure une démarche essentiellement volontaire, le code minier congolais innove en conférant à cette responsabilité une valeur contractuelle et obligatoire. Sur la gestion environnementale, voir G. BELEM, « Lutte contre la pauvreté et protection de l'environnement au Mali : quel bilan faire du renouvellement du rôle du groupe de la Banque mondiale ? », *in* B. CAMPBELL (dir.), *Ressources minières en Afrique. Quelle réglementation pour le développement ?*, *op. cit.*, pp. 130-131.

préoccupant : occupant des territoires directement concernés par les projets miniers, elles se retrouvent souvent dépossédées de leurs terres et confrontées à un extractivisme qui ne prend pas en compte les répercussions sociales, culturelles et environnementales[72]. Un changement de paradigme s'impose donc pour inscrire les politiques d'exploitation des minerais stratégiques dans un véritable projet de développement intégral et durable[73].

Outre l'enjeu majeur que représente l'efficacité des mécanismes de traçabilité[74], les défis opérationnels aggravent encore la situation. Ainsi, le déficit énergétique, en particulier, entrave les capacités locales de transformation des minerais et, par conséquent, la création de valeur ajoutée[75]. Dans certaines régions, l'électricité doit même être importée, ce qui accentue la dépendance extérieure. Cette contrainte structurelle constitue un obstacle majeur à la conciliation entre les impératifs de la transition énergétique et le développement d'une industrie minière compétitive et durable en Afrique.

Par ailleurs, l'encadrement insuffisant du secteur minier artisanal, qui conserve un poids économique et social considérable dans certaines filières congolaises, peut exacerber les tensions entre exploitants industriels, mineurs artisanaux et communautés locales, tout en facilitant les pratiques de fraude et de contrebande. La mise en place de mécanismes robustes de gouvernance apparaît, dès lors, indispensable pour garantir la rentabilité du secteur et en faire un levier de développement durable[76].

Dans ce contexte, la classification des minerais stratégiques joue un rôle déterminant : elle constitue non seulement un levier pour la relance économique, mais également un point de départ pour la définition de stratégies nationales et continentales cohérentes. La liste congolaise des

---

[72] H. LAPEYRONIE, Eszter SZEDLACSEK, « Mining in Africa: Are Local Communities Paying the Price of the Global Energy Transition? », *The Extractive Industries and Society*, vol. 21, 2025, p. 14. Voir également Sophie THÉRIAULT, « Pour une transition énergétique juste : les droits des peuples autochtones et le développement des minéraux "critiques" au Canada », *op. cit.*, pp. 59-60.

[73] Voir P. MANIRAKIZA, « La protection des droits de l'homme à l'ère de l'industrie extractive en Afrique », *op. cit.*, p. 126.

[74] Le *Manuel des procédures de traçabilité des produits miniers de l'extraction à l'exportation*, adopté par l'arrêté interministériel n° 0149/CAB/MIN/MINES/01/2014 et n° 116/CAB/MIN/FINANCES/2014 du 5 juillet 2014 (toujours en vigueur mais antérieur aux réformes minières ultérieures), appelle une actualisation. Parallèlement, plusieurs systèmes numériques de traçabilité sont déployés ou en cours de déploiement, notamment : Better Mining-TRACE (SLR Consulting), solution de suivi des flux de la mine jusqu'à la fonderie ou la raffinerie ; Re|Source, plateforme de traçabilité par blockchain portée par Glencore, Eurasian Resources Group (ERG) et China Molybdenum (CMOC), avec des partenaires industriels tels qu'Umicore ; ainsi que les travaux du Global Trace Protocol (GTP) sur la cartographie de la chaîne d'approvisionnement du cobalt en RDC et la gestion des incidents et risques liés notamment au travail des enfants et au travail forcé. Voir Jeff WHEELER (ed.), *The Democratic Republic of Congo Cobalt Supply Chain Mapping Report: Labor Rights Traceability in Context*, Washington, D.C., Global Trace Protocol, 2025, pp. 36-37.

[75] Voir B. RADLEY, « Les effets socio-économiques de l'extraction de l'or au Sud-Kivu : le cas de Banro », Maison des mines du Kivu, juillet 2020, p. 23.

[76] Voir Amnesty International, *Alimenter le changement ou le statu quo ? Expulsions forcées dans les mines industrielles de cobalt et de cuivre en République démocratique du Congo*, rapport AFR 62/7009/2023, Londres, 2023, p. 18.

substances minérales stratégiques est précisément en cours de révision : le 29 mai 2026, le Gouvernement a adopté un projet de décret prévoyant d'y ajouter le tantale, le niobium, le tungstène, le lithium, l'uranium et les terres rares. L'entrée en vigueur de cette extension demeure toutefois subordonnée à la signature et à la publication du décret[77]. À cet égard, toute extension de la liste devrait reposer sur des critères transparents tenant notamment au potentiel géologique exploitable, à l'importance économique des substances, à la vulnérabilité des chaînes d'approvisionnement et aux capacités nationales de transformation.

La RDC, qui a engagé un processus de révision et de renégociation de plusieurs contrats miniers, devrait parallèlement veiller à maintenir un cadre juridique prévisible et transparent pour les investissements, tout en préservant son droit de réglementer dans l'intérêt public et en assurant le respect effectif des obligations sociales, environnementales et fiscales[78].

Par ailleurs, la mise en œuvre encore insuffisante du mécanisme des cahiers des charges, qui permettrait une réelle participation des communautés locales à la définition de leurs projets de développement, reste préoccupante. Dans ce contexte, les ententes sur les répercussions et les avantages pourraient constituer un instrument complémentaire au cahier des charges, sans se substituer aux obligations légales existantes. Elles peuvent favoriser le dialogue entre les parties prenantes et une meilleure conciliation des intérêts des investisseurs, des pouvoirs publics et des communautés locales[79].

Enfin, la maximisation du potentiel minier africain requiert la consolidation de mécanismes institutionnels et politiques solides, fondés sur les principes de bonne gouvernance et de transparence. La corruption et ses dérives, qui ont longtemps conduit à un usage détourné des ressources naturelles, doivent impérativement être combattues, afin de garantir que

---

[77] P. MUKOKO, « DRC Adds Lithium to Strategic Minerals List, Opening Door to Higher Royalties », *Bankable Africa*, 1er juin 2026.

[78] Voir E. A. NKOUNKOU, *La stabilisation des investissements pétroliers et miniers transnationaux : des contrats aux traités*, Ottawa, Baico, 2013, pp. 500 et s.

[79] Les ententes sur les répercussions et les avantages (ERA) visent à promouvoir le dialogue entre le secteur privé et les communautés locales. Elles prévoient notamment la participation des peuples autochtones aux profits et aux redevances, ainsi que la reconnaissance d'une préférence pour les autochtones et leurs entreprises en matière d'accès à l'emploi et aux contrats. Comme le souligne Sophie Thériault, les ERA peuvent favoriser l'acceptabilité sociale des projets industriels. Ces ententes ne sauraient toutefois remédier au manquement de l'État quant à son obligation de consulter et d'accommoder adéquatement les collectivités autochtones (« Repenser les fondements du régime minier québécois au regard de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones », *Revue internationale de droit et de politique de développement durable de McGill*, vol. 6, 2010, pp. 242-245). Bien que la pratique de l'ERA soit fréquente et ait fait ses preuves dans certains pays, notamment le Canada, les consultations des communautés ne sont pas toujours menées de manière adéquate en dépit de leur caractère fondamental. Aujourd'hui, les communautés renforcent de plus en plus leurs capacités et adoptent des stratégies – de résistance ou de partenariat – pour étendre la portée de leurs droits. Voir S. BOURGEOIS, A. C. ZEMA, « Power Relationships, Institutions and Mining: Comparing Indigenous Peoples' Participation in Canada and Brazil », *in* T. RODON *et al.* (eds.), *Mining and Indigenous Livelihoods: Rights, Revenues, and Resistance*, *op. cit*., p. 94.

l'exploitation minière contribue véritablement au développement durable du continent africain[80].

***

L'ensemble des réformes préconisées dans cette étude ne pourra produire tous ses effets sans une mise en œuvre coordonnée à l'échelle continentale. La Vision minière africaine fournit certes un cadre commun, mais sa traduction en politiques nationales harmonisées en matière de minerais stratégiques demeure inachevée, ce qui fragilise le positionnement géostratégique de l'Afrique dans la compétition mondiale. Il importe dès lors de promouvoir des projets conciliant les exigences économiques, sociales et environnementales et garantissant des retombées durables, en particulier pour les communautés locales et autochtones. Dans cette perspective, l'accélération de la ratification du statut portant création du Centre africain de développement minier constituerait une étape décisive pour renforcer l'architecture institutionnelle nécessaire à la valorisation des minéraux critiques.

L'expérience de la RDC, à travers l'instauration des cahiers des charges, illustre une innovation importante dans l'encadrement des relations entre les titulaires de droits miniers et les communautés locales. L'application effective de ce mécanisme est essentielle pour assurer la participation des populations à la définition de leurs priorités et favoriser des retombées concrètes en matière de développement local. Sa mise en œuvre demeure néanmoins confrontée à de nombreux défis opérationnels, qui exigent une mobilisation conjointe des pouvoirs publics, des opérateurs miniers et des communautés concernées.

Dans un contexte marqué par une demande mondiale croissante de minerais sous l'effet de la transition énergétique, l'Afrique fait face à un défi autant qu'à une occasion majeure. La RDC, à l'instar des autres pays producteurs, doit consolider sa stratégie nationale de valorisation des minerais stratégiques et renforcer les mécanismes institutionnels existants pour faire de leur exploitation un véritable levier de développement durable. Au-delà des revenus qu'ils génèrent, ces minerais peuvent contribuer au renforcement de la souveraineté des États, à la transformation structurelle des économies et à l'amélioration des conditions de vie des populations. C'est en relevant ce défi que la RDC et, plus largement le continent africain, seront en mesure d'affirmer leur rôle dans la reconfiguration des chaînes d'approvisionnement et des équilibres énergétiques mondiaux.

[80] Voir : D. MANLEY, P. HELLER, W. DAVIS, *Le cobalt : renforcer la gouvernance est une urgence pour la transition énergétique*, Natural Resource Governance Institute (NRGI), Londres, 25 mars 2022 ; É. NGOY KASONGO, « Les voies étroites d'une relance post-crise Covid-19 de l'économie congolaise », *African Journal of Democracy and Governance*, vol. 7, 2020, p. 165.

PROTÉGER L'ENFANT À TRAVERS LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À UN ENVIRONNEMENT SAIN DANS LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS ET DU BIEN-ÊTRE DE L'ENFANT

Benjamin KAGINA SENGA

Doctorant en droit, Université Laval (Canada)

Le changement climatique, défini comme une modification du climat attribuable directement ou indirectement à l'activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale, s'ajoute à la variabilité naturelle du climat[1]. Ce phénomène global, aux conséquences de plus en plus visibles, compromet l'exercice effectif de nombreux droits humains fondamentaux[2]. Il remet notamment en cause le droit à un environnement sûr, propre, sain et durable, condition essentielle à la jouissance effective de plusieurs autres droits, l'environnement sain étant celui où l'air, l'eau, le sol et les écosystèmes sont exempts de pollutions dangereuses et où les ressources naturelles sont gérées de manière durable, garantissant ainsi des conditions favorables à la santé et au bien-être humains[3].

Dans son rapport de 2019, le Rapporteur spécial sur les obligations relatives aux droits de l'homme liées à la jouissance d'un environnement sûr, propre, sain et durable souligne que « les États qui manquent à prendre des mesures satisfaisantes pour faire face aux changements climatiques commettent une atteinte au droit à un environnement sain »[4]. Partant de ce

---

[1] Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992, article 1, § 2 : « On entend par changements climatiques des changements de climat qui sont attribués directement ou indirectement à une activité humaine altérant la composition de l'atmosphère mondiale et qui viennent s'ajouter à la variabilité naturelle du climat observée au cours de périodes comparables ».

[2] Voir Nations Unies : Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 26 (2023) sur les droits de l'enfant et l'environnement, mettant l'accent en particulier sur les changements climatiques, CRC/C/GC/26, 22 août 2023, § 104 ; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, A/HRC/43/53, 30 décembre 2019, § 114.

[3] Voir Nations Unies : Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 26 (2023) sur les droits de l'enfant et l'environnement, mettant l'accent en particulier sur les changements climatiques, 22 août 2023, § 64 ; Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, A/HRC/43/53, 30 décembre 2019, pp. 9 et s.

[4] AGNU, *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, A/74/161, 15 juillet 2019, § 44.

constat, la présente étude propose d'analyser la portée du droit à un environnement sain dans le cadre de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (CADBE) à la lumière des effets du changement climatique.

La question est dès lors de savoir si, malgré l'absence de reconnaissance expresse d'un droit à un environnement sain dans la CADBE, une interprétation évolutive permet d'en déduire l'existence. L'analyse portera ainsi, d'une part, sur la reconnaissance implicite du droit à un environnement sain dans la CADBE (I), et, d'autre part, sur sa mise en œuvre dans la pratique du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (II).

I.- Protéger l'enfant contre les effets du changement climatique dans la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant

Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) identifie plusieurs effets négatifs du changement climatique, parmi lesquels figurent l'intensification des phénomènes météorologiques extrêmes, les catastrophes naturelles, ainsi que l'élévation du niveau moyen de la mer. Ces impacts incluent également des inondations, des vagues de chaleur, des sécheresses, la désertification, des pénuries d'eau et l'expansion de maladies tropicales et à transmission vectorielle. De tels phénomènes portent atteinte, de manière directe et indirecte, à l'exercice de nombreux droits humains à travers le monde, en particulier le droit à un environnement sain[5]. Dans cette perspective, Elsabé Boshoff souligne que le changement climatique affecte non seulement le droit à l'éducation, à l'alimentation, mais aussi le droit à la participation et à la protection contre la migration forcée[6].

La protection du droit de l'enfant à un environnement sain, dans un tel contexte, suppose que les États prennent des mesures concrètes telles que l'amélioration de la qualité de l'air, la garantie d'un accès à une eau salubre en quantité suffisante, à l'assainissement et à des écosystèmes aquatiques sains, ainsi que la prévention de la pollution marine, notamment par l'interdiction de l'introduction de substances dangereuses dans le milieu marin[7]. Sur ce point, force est de constater qu'aucune disposition de la CADBE ne fait explicitement référence aux effets des changements climatiques sur les droits de l'enfant (A). Toutefois, la CADBE fait référence à deux reprises aux catastrophes naturelles, dont la fréquence ou l'intensité peuvent être aggravées par les effets du changement climatique[8]. Cet élément doit être pris en compte dans l'appréciation de la place accordée à la

[5] Voir : GIEC, *Changement climatique 2021. Les bases des sciences physiques*, Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, Genève, 2021. Voir aussi Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Résolution 41/21, « Droits de l'homme et changements climatiques », A/HRC/RES/41/21, 23 juillet 2019, p. 2.

[6] E. BOSHOFF, « Protecting the African Child in A Changing Climate: Are our Existing Safeguards Adequate? », *African Human Rights Yearbook*, vol. 5, 2017, pp. 27-28.

[7] AGNU, *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, *op. cit.*, § 64, f).

[8] Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990, préambule et article 23, § 4.

protection de l'environnement dans cet instrument, dont une interprétation évolutive est susceptible de permettre une protection indirecte du droit à un environnement sain (B).

A.- L'absence de la consécration directe du droit à un environnement sain dans la CADBE

Adoptée le 1er juillet 1990 et entrée en vigueur le 29 septembre 1999, la CADBE ne comporte aucune disposition consacrant expressément un droit de l'enfant à un environnement sain. Elle ne contient pas non plus de référence explicite au changement climatique. La Charte mentionne toutefois les catastrophes naturelles à propos des enfants déplacés. Ainsi, l'article 23, § 4, de cette Charte dispose que « les dispositions du présent article s'appliquent *mutatis mutandis* aux enfants déplacés à l'intérieur d'un pays que ce soit par suite d'une catastrophe naturelle, d'un conflit interne, de troubles civils, d'un écroulement de l'édifice économique et social, ou de toute autre cause ».

Cette absence contraste avec le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, qui se distingue de la CADBE en consacrant un article spécifiquement dédié à la protection de l'environnement. Il s'agit de l'article 18, § 1, de ce Protocole, qui affirme que « les femmes ont le droit de vivre dans un environnement sain et viable »[9]. L'article dispose également que

> « les États prennent les mesures nécessaires pour assurer une plus grande participation des femmes à la planification, à la gestion et à la préservation de l'environnement ainsi qu'à l'utilisation judicieuse des ressources naturelles à tous les niveaux »[10].

Ainsi, non seulement la CADBE ne consacre pas explicitement un droit à un environnement sain, mais elle ne contient qu'une référence indirecte aux catastrophes naturelles, lesquelles peuvent aujourd'hui être relues à la lumière des effets du changement climatique.

Cette absence peut s'expliquer par le contexte dans lequel la Charte a été adoptée. En effet, à l'époque, les enjeux environnementaux ne suscitaient pas encore une mobilisation internationale aussi forte qu'aujourd'hui[11]. De

[9] Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes de 2003, article 18, § 1.
[10] *Ibid*., article 18, § 2, a).
[11] Cette affirmation ne signifie pas que les questions ne se posaient pas, mais simplement qu'elles n'avaient pas la même ampleur qu'actuellement. Il convient, en effet, de rappeler que la protection internationale de l'environnement faisait déjà l'objet d'une attention croissante avant l'adoption de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant. En témoignent notamment la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm de 1972, le rapport *Notre avenir à tous* publié en 1987 par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, ainsi que les préparatifs du Sommet de la Terre de Rio de Janeiro de 1992. Pour aller plus loin, voir notamment : A. KISS, « Les origines du droit à l'environnement : le droit international », *Revue juridique de l'environnement*, numéro spécial, 2003, pp. 13-14 ; A. KISS, « Après le cinquantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Et le droit à l'environnement ? », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 24, 1999, pp. 5-7 ; A. SACHS, *Eco-Justice: Linking Human Rights and the Environment*, Washington, D.C., Worldwatch Institute, 1995.

plus, la Charte, adoptée un an après la Convention relative aux droits de l'enfant, reflète les mêmes limites que cette dernière. Comme l'a relevé le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies dans son Observation générale n° 26 :

> « Depuis l'adoption de la Convention, la reconnaissance des nombreux liens entre les droits de l'enfant et la protection de l'environnement s'est accrue. L'apparition de crises environnementales sans précédent et les difficultés qu'elles posent en termes de réalisation des droits de l'enfant imposent une interprétation dynamique de la Convention »[12].

Autrement dit, l'essor des préoccupations environnementales au cours des dernières décennies impose une lecture dynamique des instruments juridiques existants, à commencer par la Convention relative aux droits de l'enfant. Une telle approche interprétative s'impose également dans le cadre africain, notamment s'agissant des dispositions de la CADBE. Le raisonnement avancé par le Comité des droits de l'enfant pour justifier l'évolution de la lecture de la Convention peut être transposé à la Charte africaine.

Dès lors, l'absence de reconnaissance explicite d'un droit à un environnement sain, tout comme le silence relatif aux effets du changement climatique dans la Charte, ne saurait être interprétée comme un refus ou une négation de ces enjeux. Bien au contraire, ces dimensions doivent être appréhendées à travers une interprétation évolutive des droits consacrés, conforme aux dynamiques contemporaines de protection de l'enfant.

B.- La possibilité d'une protection indirecte du droit de l'enfant à un environnement sain ?

Aujourd'hui, le droit à un environnement sain est largement reconnu comme un droit fondamental, tant au niveau international[13] que dans les systèmes régionaux de protection des droits humains[14], ainsi que dans de nombreux ordres juridiques nationaux[15]. Cette reconnaissance progressive appelle à une réflexion sur son intégration dans le système africain, en particulier dans le régime de protection des droits de l'enfant. À cette fin, après avoir examiné comment le droit à un environnement sain a pu émerger

[12] Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale nº 26 (2023) sur les droits de l'enfant et l'environnement, mettant l'accent en particulier sur les changements climatiques, 22 août 2023, § 9.

[13] Au niveau international, ce droit est expressément reconnu dans des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies (Résolution 45/94 (1990), Résolution 66/288 (2012)) et du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (Résolution 16/11 (2011), Résolution 37/8 (2018)).

[14] Voir notamment la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte de Banjul) de 1981, article 24, et le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador) de 1998, article 11.

[15] C'est le cas, par exemple, de l'article 53 de la Constitution de la République démocratique du Congo, de l'article 19 de la Constitution de la Côte d'Ivoire, de l'article 8 de la Constitution sénégalaise et de l'article 44 de la Constitution éthiopienne.

dans le système de la Convention relative aux droits de l'enfant, malgré son absence explicite, grâce à une interprétation évolutive de ses dispositions (1), il conviendra d'apprécier si une démarche similaire peut s'appliquer à la CADBE, et dans quelle mesure cette dernière peut intégrer la reconnaissance implicite de ce droit (2).

1.- Le droit à un environnement sain dans la Convention relative aux droits de l'enfant : fruit d'une interprétation dynamique ?

Le Comité des droits de l'enfant a admis, dans son observation générale n° 26, l'existence d'un droit à un environnement sain grâce à une interprétation évolutive des droits consacrés dans la Convention relative aux droits de l'enfant[16]. En ce sens, il a élargi l'interprétation de certains droits existants pour inclure la dimension environnementale, reconnaissant ainsi que le droit à un environnement sain découle implicitement des droits à la vie, à la santé et à un niveau de vie adéquat. Il ne pourrait en être autrement pour la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant qui se trouve dans la même situation, c'est-à-dire qu'elle n'a pas non plus consacré expressément ce droit, mais à l'égard de laquelle le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant fait abondamment référence aux travaux du Comité des droits de l'enfant dans sa pratique, notamment ses observations finales, ses observations générales et ses constatations.

Une telle interprétation évolutive trouve son fondement dans l'article 31, § 3, c), de la Convention de Vienne sur le droit des traités, lequel dispose que l'interprétation d'un traité doit tenir compte, entre autres, de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »[17]. Cette disposition, reconnue comme ayant une valeur coutumière par la Cour internationale de Justice[18], justifie une lecture dynamique des traités internationaux, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, où les normes doivent s'adapter à l'évolution des contextes et des enjeux[19]. Ainsi, dans le cadre de la Convention relative aux droits de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant a conclu à l'existence d'un droit à un environnement propre, sain et durable en s'appuyant sur une interprétation évolutive de plusieurs droits consacrés, tels que le droit au meilleur état de santé possible – notamment au regard des dangers liés à la pollution de l'environnement

[16] Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 26 (2023) sur les droits de l'enfant et l'environnement, mettant l'accent en particulier sur les changements climatiques, 22 août 2023, § 9.
[17] Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, article 31, § 3, c).
[18] Voir CIJ : *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt du 13 décembre 1999, *CIJ Recueil* 1999, § 18 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, arrêt, du 12 décembre 1996, *CIJ Recueil 1996*, § 41 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, *CIJ Recueil 2001*, § 23 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 17 décembre 2002, *CIJ Recueil 2002*, § 99.
[19] Voir : P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 16e éd., 2022, pp. 372-374 ; M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 9e éd., 2022, pp. 345-346 ; R. LAWSON, « Un instrument vivant : la doctrine de l'interprétation évolutive. Observations liminaires », Discours d'ouverture de l'année judiciaire, séminaire judiciaire 2020, CEDH, Strasbourg, 31 janvier 2020, pp. 1-9.

naturel –, le droit à un niveau de vie suffisant, ou encore le droit à l'éducation[20].

Par ailleurs, la reconnaissance du droit à un environnement sain par le Comité des droits de l'enfant s'appuie également sur son intégration progressive dans divers instruments juridiques internationaux[21]. Ce droit est notamment affirmé dans la Résolution 76/300 de l'Assemblée générale des Nations Unies de 2022[22], ainsi que dans plusieurs résolutions du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies[23]. Ce dernier a notamment souligné que « la reconnaissance juridique de ce droit [à un environnement sain] peut en elle-même être considérée comme une bonne pratique, qu'elle découle de la Constitution, d'une législation environnementale ou de la ratification d'un traité régional »[24].

En outre, le Comité prend en considération le fait que plus de 80 % des États membres des Nations Unies – soit 156 sur 193 – reconnaissent le droit à un environnement sain dans leurs constitutions ou leurs législations nationales. Ce constat témoigne de l'évolution normative et de la consolidation de ce droit à l'échelle mondiale[25].

En définitive, le Comité des droits de l'enfant considère désormais le droit à un environnement sain comme un droit fondamental de l'enfant, déduit de manière dynamique des dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant[26]. Cette approche interprétative soulève une question centrale : peut-elle être transposée au système africain de protection des droits de l'enfant afin de fonder, dans le cadre de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, une reconnaissance équivalente de ce droit ?

---

[20] Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 26 (2023) sur les droits de l'enfant et l'environnement, mettant l'accent en particulier sur les changements climatiques, 22 août 2023, § 63.

[21] Voir les instruments suivants : Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 24 ; Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus, article 1) ; Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador, article 11) ; Charte arabe des droits de l'homme, article 38. S'agissant de l'Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice en matière d'environnement (Accord d'Escazú), il comptait, au 21 juin 2026, 19 États parties (source : https://www.cepal.org/en/escazuagreement).

[22] AGNU, Résolution 76/300, « Droit à un environnement propre, sain et durable », A/RES/76/300, 28 juillet 2022.

[23] NATIONS UNIES, Conseil des droits de l'homme, *Droit à un environnement sain : bonnes pratiques. Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, A/HRC/43/53, 30 décembre 2019, § 9.

[24] *Idem*.

[25] *Ibid*., § 13.

[26] Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 26 (2023) sur les droits de l'enfant et l'environnement, mettant l'accent en particulier sur les changements climatiques, CRC/C/GC/26, 22 août 2023, § 63.

2.- Le droit à un environnement sain dans la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant : une comparaison envisageable ?

À l'instar de l'approche adoptée par le Comité des droits de l'enfant dans le cadre de la Convention relative aux droits de l'enfant, une interprétation dynamique des dispositions de la CADBE est de nature à aboutir à la reconnaissance implicite du droit à un environnement sain. Point n'est besoin de revenir sur les fondements théoriques de l'interprétation évolutive, déjà évoqués précédemment.

Il importe cependant de souligner que, bien que la Charte n'énonce pas expressément ce droit, celui-ci trouve appui dans plusieurs instruments juridiques régionaux contraignants auxquels adhèrent la majorité des États africains. De surcroît, ce droit est largement consacré dans les ordres juridiques internes de ces mêmes États, traduisant une reconnaissance généralisée à l'échelle du continent[27].

S'agissant des instruments régionaux, il convient d'abord de rappeler que l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée en 1981 et entrée en vigueur en 1986[28], énonce que « tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement ».

Bien que cet article attribue le droit aux « peuples » et non aux individus[29], il a été interprété de manière extensive par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, notamment dans l'affaire *SERAC et CESR c. Nigeria*, où celle-ci a conclu à la violation de l'article 24 par le Nigeria en raison de la dégradation de l'environnement dans la région du peuple Ogoni. En recommandant au Nigeria « *to ensure protection of the environment, health and livelihood of the people of Ogoniland by: Stopping all attacks on Ogoni communities and leaders (…)* »[30], la Commission a reconnu la nécessité de protéger l'environnement au bénéfice des communautés affectées, constituant ainsi une application concrète de cette disposition.

Par ailleurs, l'article 18 du Protocole à la Charte africaine relatif aux droits des femmes en Afrique (dit « Protocole de Maputo ») consacre explicitement le droit des femmes à un environnement sain et viable en tant que droit individuel[31]. En effet, aux termes de cette disposition, « les femmes

---

[27] C'est le cas, par exemple, de l'article 53 de la Constitution de la République démocratique du Congo, de l'article 19 de la Constitution de la Côte d'Ivoire, de l'article 8 de la Constitution sénégalaise et de l'article 44 de la Constitution éthiopienne.

[28] Au 1er mai 2025, tous les États membres de l'Union africaine sont parties à cette Charte, à l'exception du Maroc. Source : site de l'Union africaine (https://au.int/fr/treaties/1164).

[29] Voir M. ALI MEKOUAR, « Article 24 de la CADHP », *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*, Bruxelles, Bruylant/Université de Bruxelles, 2011, p. 632.

[30] Commission ADHP, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*, communication n° 155/96, 27 octobre 2001, §§ 54-58 et dispositif.

[31] Sur le droit à un environnement sain dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, voir notamment : Emeka POLYCARP AMECHI, « Enhancing Environmental

ont le droit de vivre dans un environnement sain et viable »[32]. Il s'ensuit que la mise en œuvre de ce droit exige que les États prennent les mesures nécessaires pour :

> « a) assurer une plus grande participation des femmes à la planification, à la gestion et à la préservation de l'environnement ainsi qu'à l'utilisation judicieuse des ressources naturelles à tous les niveaux ; b) promouvoir la recherche et l'investissement dans le domaine des sources d'énergies nouvelles et renouvelables et des technologies appropriées, y compris les technologies de l'information, et en faciliter l'accès et le contrôle aux femmes ; (c) favoriser et protéger le développement de la connaissance des femmes dans le domaine des technologies indigènes ; (d) réglementer la gestion, la transformation, le stockage et l'élimination des déchets domestiques ; (e) veiller à ce que les normes appropriées soient respectées pour le stockage, le transport et l'élimination des déchets toxiques »[33].

En date du 21 juin 2026, 44 des 55 États membres de l'Union africaine ont ratifié ce Protocole, sans émettre de réserve à l'article 18[34]. Conséquemment, on est en droit de penser que la majorité des États parties à ce Protocole ne semble pas opposée à la reconnaissance d'un droit à un environnement sain dans leur propre système juridique.

Ces deux instruments régionaux, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de portée générale, et le Protocole de Maputo, de portée spécifique, peuvent être mobilisés dans l'interprétation de la CADBE.

En effet, l'article 46 de cette dernière prévoit que le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) peut s'inspirer, dans son interprétation, d'autres instruments régionaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme[35]. Cette disposition est à rapprocher de l'article 60 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui permet de prendre en compte d'autres instruments en tant que sources d'interprétation[36].

Protection and Socio-Economic Development in Africa: A Fresh Look at the Right to a General Satisfactory Environment under the African Charter on Human and Peoples' Rights », *Law, Environment and Development Journal*, vol. 5, 2009, pp. 58-72 ; K. S.A. EBEKU, « The right to a satisfactory environment and the African Commission », *African Human Rights Law Journal*, vol. 3, 2003, pp. 149-166 ; W. SCHOLTZ, « Human Rights and the Environment in the African Union Context », *in* A. GREAR, L. J. KOTZÉ (eds.), *Research Handbook on Human Rights and the Environment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 447-466.

[32] Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes de 2003, article 18, § 1.

[33] *Ibid*., article 18, § 2.

[34] Source : site de l'Union africaine (https://au.int/fr/treaties/1164).

[35] Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990, article 46 : « Le Comité s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme, notamment des dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de la Charte de l'Organisation de l'unité africaine, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et d'autres instruments adoptés par l'Organisation des Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme ainsi que des valeurs du patrimoine traditionnel et culturel africain ».

[36] Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, article 60 : « La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples,

Même si la CADBE ne contient pas de disposition équivalente à l'article 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui permet à la Commission de prendre aussi en considération d'autres moyens auxiliaires de détermination des règles de droit[37], il est raisonnable de considérer que l'article 46 de la CADBE englobe également les moyens auxiliaires d'interprétation, permettant ainsi de tenir compte de la pratique des États, des résolutions internationales et de la jurisprudence régionale.

L'interprétation autorisée par l'article 46 de la CADBE devrait donc être comprise comme englobant à la fois le contenu de l'article 60 et de l'article 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples[38], admettant de rechercher l'existence d'un droit à un environnement sain dans d'autres sources du droit, notamment dans l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Ainsi, l'interprétation combinée de l'article 24 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de l'article 46 de la CADBE permet de soutenir l'existence d'une reconnaissance implicite du droit à un environnement sain dans ce dernier instrument. Cette conclusion se justifie également par la logique systémique du droit africain des droits humains, où les instruments juridiques régionaux doivent être interprétés de manière cohérente et complémentaire[39].

Toujours au niveau régional, s'ajoute la reconnaissance croissante de ce droit dans les ordres juridiques internes des États africains. En effet, plusieurs États africains consacrent, soit dans leurs Constitutions soit dans des textes non constitutionnels, le droit à un environnement sain[40]. Ainsi, l'article 53 de la Constitution de la République démocratique du Congo dispose que « toute personne a droit à un environnement sain et propice à son

notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'unité africaine, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés dans le cadre des institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte ».

[37] *Ibid*., article 61 : « La Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États membres de l'Organisation de l'unité africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine ».

[38] Voir E. DECAUX, « Article 60 de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *in* M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (…)*, *op. cit*., pp. 1106-1116.

[39] À l'instar du système européen, avec la notion du consensus des États parties et du système interaméricain, avec la conscience universelle, tous les droits du système africain devraient être interprétés comme un corpus. Voir, à cet égard, F. VANNESTE, « Interpréter la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine relative aux droits de l'homme : comment réconcilier les pratiques divergentes avec la théorie générale », *Revue québécoise de droit international*, hors-série 1, 2016, p. 88.

[40] Voir M. ALI MEKOUAR, « Article 24 de la CADHP », *in* M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (…)*, *op. cit*., p. 628.

épanouissement intégral »[41]. De même, l'article 8 de la Constitution sénégalaise prévoit que « la République du Sénégal garantit à tous les citoyens les libertés individuelles fondamentales, les droits économiques et sociaux ainsi que les droits collectifs [notamment] le droit à un environnement sain ». L'article 39 de la Constitution ougandaise dispose également qu'« *[e]very Ugandan has a right to a clean and healthy environment* ». D'autres exemples incluent les Constitutions du Maroc[42], du Rwanda[43] ou encore du Zimbabwe[44], illustrant une tendance normative claire en faveur de la reconnaissance de ce droit sur le continent africain.

Ainsi, la reconnaissance implicite du droit à un environnement sain dans la CADBE s'appuie à la fois sur les instruments régionaux pertinents et sur la législation interne des États parties. L'étape suivante consiste à identifier les droits consacrés par la CADBE à partir desquels ce droit peut être déduit.

Comme indiqué par le Comité des droits de l'enfant, le droit à un environnement sain peut être apprécié au regard du droit au meilleur état de santé possible, du droit à un niveau de vie suffisant, du droit à l'éducation et du droit à la survie et au développement[45]. Ces droits sont respectivement consacrés aux articles 14, 11 et 5 de la CADBE. Par analogie avec l'interprétation du Comité des droits de l'enfant dans son Observation générale n° 26, il est raisonnable de considérer que leur mise en œuvre effective implique nécessairement la protection de l'environnement dans lequel l'enfant évolue[46]. En outre, le droit à un environnement sain devra être apprécié à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant, principe transversal tant à la Convention sur les droits de l'enfant qu'à la CADBE[47].

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels est parvenu à la même conclusion d'une inférence de l'existence du droit à un environnement sain à partir du droit à la santé dans son Observation générale n° 14, considérant que l'obligation d'améliorer les conditions d'hygiène de l'environnement renvoie au droit à un environnement sain. Sur ce point, il a affirmé que l'obligation des États parties d'améliorer tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle, contenue à l'article 12, § 2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

[41] Sur le droit à un environnement sain en République démocratique du Congo, voir notamment : G. AJABU MASTAKI, « The Right to a Healthy Environment in the Democratic Republic of Congo: An Anthropocentric Conception », *Scholars Journal of Arts, Humanities and Social Sciences*, vol. 12, 2024, pp. 304-312.
[42] Constitution du Royaume de Maroc du 1er juillet 2011, article 31.
[43] Constitution de la République du Rwanda du 4 juin 2003, article 22.
[44] Constitution de la République du Zimbabwe du 22 mai 2013, article 73.
[45] Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale no26 (2023) sur les droits de l'enfant et l'environnement, mettant l'accent en particulier sur les changements climatiques, 22 août 2023, § 63.
[46] *Idem*.
[47] Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990, article 4.

renvoie au droit à un environnement naturel et professionnel sain[48]. Sur ce point, comme l'indique Lilian Chenwi, « l'unité normative du droit à un environnement satisfaisant avec d'autres droits va au-delà du développement pour inclure le droit à la santé et le droit à la vie ainsi que d'autres droits »[49].

En définitive, l'existence du droit à un environnement sain peut être inférée à travers une interprétation dynamique des droits garantis par la CADBE, notamment les droits à la santé, à l'éducation, à la survie et au développement.

Son contenu, tel que précisé par la jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples[50], de la pratique du Comité des droits de l'enfant[51] ainsi que des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies[52] et du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies[53], englobe la protection de « l'air pur, un climat sûr et stable, des écosystèmes sains et la biodiversité, l'accès à de l'eau salubre en quantité suffisante, des aliments sains et durables et un environnement non toxique »[54]. Ce contenu a d'ailleurs été confirmé par la sentence rendue en 2005 par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire *Rhin de fer*, ayant opposé la Belgique aux Pays-Bas, laquelle a affirmé que la protection de l'environnement s'étend à « l'air, l'eau, la terre, la faune et la flore, les écosystèmes et les sites naturels, la santé et la sécurité humaine, ainsi que le climat »[55], consacrant ainsi une approche globale et intégrée de l'environnement dans le droit international.

Le CAEDBE, en tant qu'organe de mise en œuvre de la CADBE, est appelé à jouer un rôle central dans la clarification du contenu et de la portée de ce droit en Afrique, aussi bien dans le cadre de ses constatations ou observations finales au terme de l'examen des rapports nationaux que les États doivent lui remettre, comme dans le cadre de ses observations générales. À cet égard, l'adoption d'une Observation générale spécifiquement dédiée

---

[48] Nations Unies, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2000/4, 11 août 2000, § 15.

[49] L. CHENWI, « The Right to a Satisfactory, Healthy, and Sustainable Environment in the African Regional Human Rights System », *in* John H. KNOX, R. PEJAN (eds.), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 66 (notre traduction).

[50] Commission ADHP, *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*, communication n° 155/96, 27 octobre 2001, § 52.

[51] Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale nº 26 (2023) sur les droits de l'enfant et l'environnement, mettant l'accent en particulier sur les changements climatiques, 22 août 2023, § 63.

[52] AGNU, Résolution 76/300, « Droit à un environnement propre, sain et durable », A/RES/76/300, 28 juillet 2022, § 63.

[53] Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, A/HRC/43/53, 30 décembre 2019, § 9.

[54] Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Observation générale nº 26 (2023) sur les droits de l'enfant et l'environnement, mettant l'accent en particulier sur les changements climatiques, 22 août 2023, § 64.

[55] Cour permanente d'arbitrage, *Rhin de fer (Belgique c. Pays-Bas)*, sentence du 24 mai 2005, *Recueil des sentences arbitrales*, § 58.

aux effets du changement climatique sur les droits de l'enfant permettrait de mieux contextualiser et d'harmoniser la protection de l'environnement dans le système africain des droits de l'enfant.

En somme, bien que la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant ne consacre pas explicitement un droit à un environnement sain, une lecture évolutive et systémique de ses dispositions permet d'en affirmer l'existence implicite. Reste à examiner si cette lecture est confirmée dans la pratique interprétative du CAEDBE.

II.- Protéger l'enfant africain contre les effets du changement climatique dans les travaux du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant

Le CAEDBE a intégré la problématique du changement climatique dans son activité, d'une part, au travers de ses observations générales et finales (A), d'autre part, au travers de ses constatations dans le cadre des communications individuelles ou des rapports d'enquête (B).

A.- Le changement climatique dans les observations finales et générales du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant

En tant qu'organe chargé de veiller à la mise en œuvre de la CADBE, le Comité dispose notamment du pouvoir d'adopter des observations générales ainsi que de formuler des observations finales à l'issue de l'examen des rapports périodiques soumis par les États parties.

Concernant son pouvoir d'adopter des observations générales, l'article 42, c), de la CADBE lui reconnaît expressément la compétence « d'interpréter les dispositions de la Charte »[56], une compétence l'ayant conduit à adopter, en date du 21 mai 2025, dix observations générales portant sur plusieurs droits distincts[57].

Toutefois, aucune de ces observations générales ne porte spécifiquement sur la question du changement climatique ou de la protection de l'environnement. Il convient donc d'examiner de manière attentive le contenu de ces observations générales, afin d'identifier dans quelle mesure ces thématiques y sont néanmoins abordées de manière incidente ou implicite.

Dans son observation générale sur l'article 22 de la CADBE concernant les enfants dans les situations de conflit, le Comité a noté que :

> « le contexte du "développement" fait référence à un processus global de réalisation des droits de l'enfant dans un environnement où il grandit en bonne santé et protégé, à l'abri de la peur et du besoin, et où il peut

[56] Ce pouvoir est également prévu à l'article 76 du Règlement intérieur du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant.
[57] Source : Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (https://www.acerwc.africa/en/key-documents/general-comments).

> développer sa personnalité, ses talents et ses capacités mentales et physiques au maximum de ses capacités, conformément à son évolution »[58].

Dans son observation générale n° 1, sur les enfants de parents ou tuteurs principaux incarcérés ou emprisonnés, le Comité a précisé que :

> « le droit au développement de l'enfant implique une compréhension exhaustive des droits de celui-ci afin de lui permettre de grandir de manière saine et protégée, libre de toute peur et besoin, et de développer sa personnalité, ses talents et ses capacités mentales et physiques dans tout leur potentiel, conformément à ses capacités »[59].

Enfin, dans son observation générale n° 5 sur les obligations des États parties en vertu de la CADBE et le renforcement des systèmes de protection de l'enfance, le Comité a ajouté que :

> « les actions des États qui compromettent la jouissance des droits des générations futures d'enfants (par exemple, permettre la dégradation de l'environnement ou l'exploitation inappropriée des ressources naturelles) sont considérées comme une violation du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant»[60].

Il ressort de tout ce qui précède que les observations générales du CAEDBE ne reconnaissent pas explicitement un droit à un environnement sain, ni n'abordent directement la problématique du changement climatique. Tout au plus, certaines de ces observations contiennent des références incidentes ou implicites à la protection de l'environnement, dont la portée demeure toutefois limitée en matière de reconnaissance autonome de ce droit.

En revanche, l'examen des observations finales formulées par le Comité à la suite de l'analyse des rapports périodiques des États offre un éclairage plus instructif sur sa prise en compte de la question environnementale. À cet égard, rappelons que, aux termes de l'article 43 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant,

> « tout État partie à la présente Charte s'engage à soumettre au Comité, par l'intermédiaire du Secrétaire général de l'Organisation de l'unité africaine, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux dispositions de la présente Charte ainsi que sur les progrès réalisés dans l'exercice de ces droits : a) dans les deux ans qui suivront l'entrée en vigueur de la présente Charte pour l'État partie concerné ; b) ensuite, tous les trois ans ».

C'est donc à l'issue de l'examen de ces rapports que le CAEDBE formule des observations finales, assorties de recommandations à l'intention de l'État concerné[61].

---

[58] Union africaine, CAEDBE, Observation générale sur l'article 22 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant : les enfants dans les situations de conflit, 2020, § 41.
[59] Union africaine, CAEDBE, Observation générale n° 1 (article 30 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant) sur « les enfants de parents ou tuteurs principaux incarcérés ou emprisonnés », 2013, § 25.
[60] Union africaine, CAEDBE, General Comment N° 5 on State Party obligations under the African Charter on the rights and welfare of the child (Article 1) and systems strengthening for child protection, 2018, p. 12 (notre traduction).
[61] Règlement intérieur du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant, article 73.

Or, l'analyse de plusieurs observations finales permet de relever que le Comité fait régulièrement référence, de manière explicite ou implicite, à la protection de l'environnement et à ses impacts sur les droits de l'enfant.

Ainsi, dans ses observations finales à la suite de l'examen du rapport initial de l'Algérie, le CAEDBE a recommandé à ce pays de « veiller à ce que tous les enfants jouissent d'un environnement dépourvu de déchets, de pollution, de circulation et d'autres dangers physiques »[62]. Cette recommandation, bien qu'elle ne consacre pas expressément un droit à un environnement sain, témoigne néanmoins de l'importance que le Comité accorde à la qualité de l'environnement immédiat des enfants.

De même, dans ses observations concernant l'Angola, le CAEDBE a identifié le changement climatique comme l'un des facteurs aggravant la malnutrition dans le sud du pays[63]. Dès lors, il a enjoint ce pays à « collaborer avec ses partenaires [afin de] fournir une aide alimentaire »[64].

Dans ses observations finales concernant la Côte d'Ivoire, après avoir constaté que « la plupart des décès d'enfants sont causés par des maladies évitables », le Comité a notamment recommandé à ce pays « d'intensifier ses efforts dans la mise en œuvre de mesures de prévention par la vaccination et l'amélioration de l'hygiène, du système sanitaire, de la nutrition et de l'accès à un environnement sain et à l'eau potable »[65].

Dans ses recommandations adressées au Gabon, le CAEDBE a souligné la nécessité d'offrir aux enfants un cadre de vie propice à leur bien-être physique et mental, en les protégeant des dangers liés à la pollution, à l'encombrement urbain et aux risques physiques :

> « afin de leur permettre de circuler librement et en toute sécurité dans leur quartier, de se reposer comme il se doit en fonction de leur âge et pour leur épanouissement, d'avoir du temps libre pour leurs loisirs, ainsi que de l'espace et des opportunités de jouer en plein air, le Comité recommande [donc au Gabon] de veiller à ce que tous les enfants aient un environnement suffisamment exempt de déchets, de pollution, d'encombrement de la circulation et d'autres dangers physiques »[66].

---

[62] Union africaine, CAEDBE, Observations finales et recommandations du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) relatives au rapport de la République démocratique populaire d'Algérie sur l'état de la mise en œuvre de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, § 35.

[63] Union africaine, CAEDBE, Concluding observations and recommendations of the African committee of experts on the rights and welfare of the child (ACERWC) on the initial report of the republic of Angola on the status of the implementation of the African charter on the rights and welfare of the child, § 17.

[64] *Idem.*

[65] Union africaine, CAEDBE, Observations finales et recommandations du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) sur le rapport initial de la République de Côte d'Ivoire sur le statut de mise en œuvre de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, § 30.

[66] Union africaine, CAEDBE, Conclusions et recommandations du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) sur le rapport de la République du Gabon sur l'état de la mise en œuvre de la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, § 43.

Dans ses observations finales adoptées lors de l'examen du premier rapport périodique de la Guinée, le CAEDBE a noté « avec satisfaction que l'accès à l'eau potable et aux services d'assainissement sont largement pris en compte dans la stratégie du service public de l'eau au niveau national »[67], tout en exhortant les autorités nationales à « améliorer l'accès à l'eau propre, à l'assainissement et à l'hygiène pour tous, afin de réduire la prévalence des maladies infantiles et lutter contre la dégradation de l'environnement et les changements climatiques en milieu rural et urbain »[68].

Enfin, s'agissant des enfants détenus avec leurs parents, le Comité a recommandé à Madagascar de garantir leur accès à une alimentation adéquate, à des soins médicaux, à l'éducation, ainsi qu'à un environnement sain[69].

Ces différentes recommandations, bien qu'elles ne consacrent pas expressément un droit autonome à un environnement sain, révèlent néanmoins une prise en compte croissante des enjeux environnementaux et climatiques dans l'analyse du CAEDBE. Elles démontrent, de manière suffisante, l'importance que celui-ci accorde à la protection de l'environnement en tant que condition essentielle à la réalisation effective des droits de l'enfant en Afrique.

B.- Le changement climatique dans les constatations du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant

Outre les observations finales et générales, le CAEDBE a la possibilité de prendre également en compte les questions environnementales et climatiques dans ses décisions rendues aux termes des communications qu'il doit trancher.

Dans l'affaire *Michelo Hunsungule et autres (au nom des enfants du Nord de l'Ouganda) c. Ouganda*, le Comité n'a formulé aucune référence à la problématique environnementale ou au changement climatique. Il en va de même dans l'affaire *IHRDA et Open Society Justice Initiative (OSJI) (au nom d'enfants d'ascendance nubienne au Kenya) c. Kenya*, où la question n'a été ni soulevée par les requérants, ni examinée par le Comité.

En revanche, dans l'affaire *Centre pour les droits de l'homme et la coopération internationale (au nom des enfants talibés) c. Sénégal*, le Comité, après avoir constaté une violation de l'article 5 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, a recommandé au Sénégal la chose suivante : « *establish minimum norms and standards for all daaras relating to health,*

[67] Union africaine, CAEDBE, Observations finales et recommandations du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) sur le rapport périodique de la République de Guinée sur la mise en œuvre de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, § 18.
[68] *Idem.*
[69] Union africaine, CAEDBE, Observations finales et recommandations du comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) sur le rapport initial de la République de Madagascar portant sur l'état de la mise en œuvre de la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, § 46.

safety, hygiene, education content and quality, and accommodation »[70]. Dans leur requête, les requérants soutenaient que la mendicité forcée des enfants talibés portait atteinte à leurs droits à la santé, à l'éducation, à un environnement propre et sûr, et à l'accès à l'eau potable[71]. Ils faisaient valoir que ces droits constituent des éléments constitutifs du droit à la survie et au développement tel que consacré à l'article 5 de la Charte[72]. Cette affaire illustre ainsi la manière dont la protection de l'environnement dans lequel évolue l'enfant peut être interprétée comme une composante intégrée du droit à la survie et au développement.

Dans ses constatations dans l'affaire *Minority Rights Group International et SOS-esclaves (au nom de Said Ould Salem et de Yarg Ould Salem) c. Mauritanie*, le CAEDBE a précisé que le droit à la survie et au développement de l'enfant englobe « tous les aspects du développement de l'enfant, [à savoir] le bien-être physique et l'épanouissement psychologique de l'enfant »[73]. Il a également souligné que ce droit « ne peut être réalisé qu'à travers la mise en œuvre de tous les droits énoncés dans la Charte, notamment le droit à la santé, à l'éducation, à la protection contre les mauvais traitements, la torture et le travail des enfants »[74].

Au terme de l'analyse de la quasi-jurisprudence du CAEDBE, il ressort que bien que les constatations de cet organe ne consacrent pas explicitement un droit à un environnement sain, elles permettent d'en déduire les éléments constitutifs à travers une lecture combinée des droits garantis par la Charte, notamment le droit à la survie et au développement de l'enfant. Le CAEDBE adopte ainsi une approche holistique et interconnectée des droits de l'enfant, où la protection de l'environnement apparaît comme une condition indispensable à la réalisation effective de ces droits.

***

En somme, bien que le droit à un environnement sain ne soit pas expressément consacré dans la CADBE, l'interprétation évolutive ou dynamique de celle-ci permet d'en reconnaître l'existence implicite au bénéfice des enfants. Cette conclusion se justifie à la fois par l'évolution des contextes environnementaux depuis l'adoption de la Charte, par la

[70] Union africaine, CAEDBE, *Decision on the communication submitted by The Centre for Human Rights (University of Pretoria) and La Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme (Senegal) v. Senegal*, décision n° 003/Com/001/2012, 15 avril 2014, § 82.
[71] *Ibid*., § 40.
[72] *Idem.*
[73] Union africaine, CAEDBE, *Decision on the communication submitted by Minority rights group international and SOS-esclaves on behalf of Said Ould Salem and Yarg Ould Salem v. Mauritania*, décision n° 003/2017, 15 décembre 2017, § 61.
[74] *Idem.*

reconnaissance croissante de ce droit aux niveaux international[75] et africain[76], ainsi que par la pratique du CAEDBE. Bien que sa quasi-jurisprudence demeure timide sur la question, elle révèle une prise de conscience progressive de la nécessité de protéger l'enfant contre les effets du changement climatique à travers la garantie d'un environnement sain. Cette évolution témoigne, plus largement, d'une transformation du droit africain des droits de l'enfant, désormais appelé à intégrer pleinement les enjeux environnementaux dans l'interprétation et la mise en œuvre des droits consacrés par la Charte.

S'agissant du contenu et de la portée de ce droit, il serait important que le CAEDBE s'inspire de l'observation générale n° 26 du Comité des droits de l'enfant afin d'adopter un instrument équivalent au niveau régional, tout en tenant compte des spécificités du système africain de protection des droits de l'enfant. Une telle observation générale contribuerait à préciser les obligations des États parties, à renforcer la cohérence de la pratique du Comité et à promouvoir une interprétation harmonisée de la CADBE face aux défis posés par le changement climatique.

À cet égard, si la reconnaissance – puis la mise en œuvre – du droit à un environnement sain ne saurait, à elle seule, suffire à répondre à l'ensemble des conséquences du changement climatique, elle constitue néanmoins un levier essentiel pour renforcer la protection des droits de l'enfant en Afrique. Plus largement, cette reconnaissance participe à la consolidation d'une approche intégrée des droits de l'enfant, dans laquelle la protection de l'environnement apparaît comme une condition indispensable à la jouissance effective de nombreux droits garantis par la Charte. Dans cette perspective, le CAEDBE est appelé à jouer un rôle déterminant dans la consolidation de cette évolution, à travers ses observations générales, ses observations finales et sa quasi-jurisprudence, en contribuant à préciser progressivement le contenu et la portée du droit de l'enfant à un environnement sain dans le système africain de protection des droits humains.

[75] Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, A/HRC/43/53, 30 décembre 2019, § 9, et AGNU, Résolution 76/300, « Droit à un environnement propre, sain et durable », A/RES/76/300, 28 juillet 2022.
[76] Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, article 24.

ARBITRATION OF ENVIRONMENTAL AND CLIMATE DISPUTES IN AFRICA

Patrick THIEFFRY

Member of the Paris & New York Bars
Independent Arbitrator

The diversity and significance of environmental challenges have led to the adoption of an increasing number of legislative, regulatory, and administrative measures, not only in African countries but also globally. These measures range from combating desertification and protecting biodiversity and water resources, to regulating waste transfers and restricting the marketing of plastic products, to name but a few examples. At the regional level, the African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter) provides that "All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development."[1] The Treaty for the Establishment of the East African Community also includes a clear mandate on environmental and natural resources management.[2] With respect to climate change, African States overwhelmingly signed the Paris Agreement and submitted nationally determined contributions (the so-called "NDCs"), some of which are highly ambitious. This is particularly notable given the principle of "common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances," which calls for implementation measures that may significantly affect market conditions. All of these interventions – whether environmental or climate-oriented – are likely to give rise to a wide range of disputes, including challenges against public authorities responsible for their adoption and implementation, as well as claims between economic actors whose activities are affected.

Climate and other environmental issues are increasingly being litigated in a number of African countries, as is the case elsewhere. This emerging trend forms an important background consideration for the prospects of arbitration in matters related to such issues. Unsurprisingly, climate litigation in Africa still represents only a small fraction of global climate-related legal actions.[3] Nevertheless, the objectives pursued are often

---

[1] African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter), Article 24.

[2] Treaty for the Establishment of the East African Community of 1999, Chapter 19. Among other things, it provides for "co-operation in the joint and efficient management and the sustainable utilisation of natural resources within the Community for the mutual benefit of the Partner States", in particular "necessary measures to conserve their natural resources (…)" (Article 114(1)(a)).

[3] The United Nations Environment Programme (UNEP) has identified Africa as the location for 2.3% of all global climate litigation, excluding the United States of America, in 2023 (UNEP, *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, New York, United Nations Environment Programme, 2023, p. 17). These include nine cases in South Africa, two in

similar to those of litigation elsewhere. A significant number of these cases seek to annul construction or operation permits for projects that allegedly failed to undergo proper environmental impact assessments, or where such assessments were insufficiently rigorous. Typical examples include coal-fired power plants,[4] oil extraction operations, or pipelines[5] that may have been approved without adequate consideration of their adverse effects on climate change. It is worth noting that such situations are prone to lead to arbitration.[6]

Arbitration has been used as a forum to resolve international disputes long before climate change became a known concern, and even before the environment in its modern conception started to be a subject of disputes. Environmental, energy, and even more recently, climate-related disputes have been submitted to, and resolved through, arbitration.

On an empirical level, State-to-State disputes have confirmed the capability of arbitration to address environmental damages in famous matters, such as those of the *Trail Smelter*, *Lake Lanoux*, and *Iron Rhine*. However, such situations are not always without difficulties, as illustrated by the *MOX Plant* case, where the Court of Justice of the European Union (CJEU) held that a Member State could not bring an arbitration based on the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) against another Member State where the disputed provisions were largely covered by EU law, notably those requiring environmental impact assessments - the interpretation of which falls within that Court's exclusive jurisdiction.[7]

In this respect, climate change-related State-to-State arbitrations may be expected to arise between African and developed countries in the wake of the advisory opinion of the International Court of Justice (ICJ) on the

---

Kenya, two in Nigeria, two in Uganda, and one in the East African Court of Justice (*ibid.*, p. 19). In the latter matter, four civil society organisations seek an injunction against Tanzania and Uganda to stop the construction of the East African Crude Oil Pipeline for lack of proper prior environmental, social, human rights and climate impact assessments (*ibid.*, p. 31).

[4] See, e.g., in South Africa: *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others* (High Court, 2017-2020); *Trustees for the Time Being of GroundWork v. Minister of Environmental Affairs, ACWA Power Khanyisa Thermal Power Station RF (Pty) Ltd, and Others* (High Court, 2021); *Trustees for the Time Being of the GroundWork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower (Pty) Ltd, and Others* (High Court, 2022); *Philippi Horticultural Area Food & Farming Campaign, and Others v. MEC for Local Government, Environmental Affairs and Development Planning: Western Cape, and Others* (High Court, 2020); *Sustaining the Wild Coast NPC and Others v. Minister of Mineral Resources and Energy and Others* (High Court, 2022). See, also, in Kenya, *Save Lamu and Others v. National Environmental Management Authority and Amu Power Co. Ltd.* (Tribunal Appeal No. Net 196 of 2016).

[5] See, e.g., in Nigeria, *Gbemre v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. and Others* (Federal High Court, 2005).

[6] See, e.g., L. BARBER, "Zeph Investments v. Australia: The Latest in Investor-State Climate Change-Related Claims", *Kluwer Arbitration Blog*, 24 August 2023, about an investor's claim following a State court's denial of an application for a mining lease and environmental authority based on the uncertain but likely impact on climate change, on a nearby nature refuge, and on the human rights, the cultural rights of first nations peoples, children, property, privacy and home, to enjoy human rights equally (*Waratah Coal Pty Ltd v. Youth Verdict Ltd & Ors* (No 6) [2022] QLC 21).

[7] Case C-459/03 *Commission v. Ireland (MOX Plant)* ECLI:EU:C:2006:345, §§ 108-111 and 120-121.

Obligations of States in respect of Climate Change[8]. In that opinion, the ICJ confirmed that States Parties to the Paris Agreement and other relevant treaties have obligations to ensure the protection of the climate system from anthropogenic greenhouse gas emissions and, more generally, customary international law sets forth obligations for States to ensure such a protection. The ICJ furthermore stresses that a breach by a State of any such obligations constitutes an internationally wrongful act entailing its responsibility, and this will obviously be of primary interest to the African Union,[9] the Organisation of African, Caribbean and Pacific States,[10] and the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law[11], which, amongst many others, had been authorised to participate in the proceedings. Likewise, African countries, such as the Democratic Republic of Congo and Mauritius, as well as the African Union, were parties to the proceedings before the International Tribunal for the Law of the Sea concerning the request for an advisory opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, which concluded that anthropogenic greenhouse gas emissions into the atmosphere constitute pollution of the marine environment, so that States Parties to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea have the specific obligations to take all necessary measures to prevent, reduce and control marine pollution from these emissions, *inter alia*.[12]

Beyond that specific State-to-State context, while experience is still limited with respect to climate change-related disputes, arbitral tribunals clearly seem to take into account environmental considerations insofar as relevant awards have been available. This primarily concerns the protection of foreign direct investment through the "investor-State dispute settlement" (ISDS) system or "investment arbitration", but also extends to the less publicised field of "commercial" disputes between economic actors.

On the institutional front, the Permanent Court of Arbitration issued the "Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment" (PCA Environmental Rules) as early as 2001. These rules apply indifferently to both types of arbitration.[13] Likewise, the International Chamber of Commerce (ICC) issued a report entitled *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR* (*ICC*

[8] ICJ, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory Opinion, 23 July 2025.
[9] ICJ, "Obligations of States in respect of Climate Change (Request for Advisory Opinion). The Court authorizes the African Union to participate in the proceedings", Press Release No. 2023/42 of 18 July 2023.
[10] ICJ, "Obligations of States in respect of Climate Change (Request for Advisory Opinion). The Court authorizes the Organisation of African, Caribbean and Pacific States, the Melanesian Spearhead Group and the Forum Fisheries Agency to participate in the proceedings", Press Release No. 2023/48 of 20 September 2023.
[11] ICJ, "Obligations of States in respect of Climate Change (Request for Advisory Opinion) - The Court authorizes the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law to participate in the proceedings", Press Release No. 2023/32 of 22 June 2023.
[12] ITLOS, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law,* Case No. 31, Advisory Opinion of 21 May 2024.
[13] PCA, "Environmental Dispute Resolution" (https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/environmental-dispute-resolution/).

Report), which concludes that the institution's dispute resolution procedures – including its arbitration rules – are fit for the purpose of resolving all such disputes.[14] Arbitration institutions in Africa have also begun to engage with this topic, notably the Casablanca International Mediation and Arbitration Centre during the 2020 Casablanca Arbitration Days.

The vigour with which arbitration has been questioned during the last few years is arguably, at least in part, a consequence of arbitrators focusing more on strict compliance with the mandate received from the parties than on the broader social impact of their decisions. [15] In so far as ISDS is concerned, where disputes are widely publicised, this tension has been growing, irrespective of the fact that this paradigm flows directly from the numerous bilateral investment treaties (BITs) or other investment protection agreements, legislations, and contracts, on which arbitral jurisdiction is based. These instruments have historically prioritised investor protection rather than environmental concerns, let alone climate-related issues (I). In contrast, commercial arbitration, which remains largely confidential, generally involves the public interest to a lesser extent. As a result, concerns in this field are more often driven by suspicions of bias than by systemic scrutiny (II).

I.- Investor-State environmental and climate dispute resolution

Investor-State dispute resolution through arbitration is being challenged to such an extent that it is now undergoing significant reconsideration (A), with notable implications for environmental and climate-related matters (B).

A.- The apprehension of environmental considerations in investment arbitration

Investors have been used to relying on their legitimate expectations of profitability or duration of their investments as a "shield" against the strengthening of the host States' environmental protection before investment protection treaties recognised the State's interest in its environmental and/or climate legislation, its right or its duty to legislate. Environmental considerations have been far from unknown in ISDS practice, albeit arguably treated as subordinate to investors' rights provided by the superior provisions of international law.

ISDS has been the subject of fierce, albeit very diverse, attacks, that are not devoid of relevance to the climate and environmental domains. A key illustration is the Court of Justice of the European Union's ruling in the *Achmea* case,[16] which came as a fatal blow to ISDS, at least in the context of intra-EU BITs. Beyond this EU-specific context, the broader implications of *Achmea* case remain to be fully determined, particularly regarding regional

[14] ICC, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, Paris, International Chamber of Commerce, 2019.
[15] See, e.g., August REINISH, *Recent Developments in International Investment Law*, Paris, Pedone 2009, p. 40.
[16] CJEU, Case C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, Judgment of the Grand Chamber of 6 March 2018, ECLI:EU:C:2018:158, § 32.

investment protection agreements (mainly the Energy Charter Treaty), and potentially even multilateral agreements (mainly the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)'s Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) or BITs concluded between EU Member States and non-EU countries, such as African countries, the total number of which is evaluated at 1,400. Most recently, a report of the UN's Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment took the position that ISDS has become "a major obstacle to the urgent actions needed to address the planetary environmental and human rights crises," considering that foreign investors seek exorbitant compensation "with the fossil fuel and mining industries already winning over $100 billion in awards", thus creating "regulatory chill".[17]

While often criticised, the extent to which arbitration may have acted as a "shield" from environmental measures is difficult to ascertain. Arbitral awards have drawn the consequences of increased environmental and human health protection standards, as well as the shift towards energy transition policies. In the latter area, several dozen claims have been filed by operators of solar plants.[18] Other such claims have emerged in response to reforms to greenhouse gas emissions trading systems (ETS). Known arbitral awards generally tend to accept that, in the absence of other wrongful conduct by the respondent State, legitimate and rational measures do not incur liability, and the same principle should logically apply in climate-related cases. Such awards embody a conceptual evolution by limiting the scope of the investor's legitimate expectations and, as a corollary, by confirming the State's right to regulate for legitimate reasons. As a matter of practice, investors are expected to conduct thorough due diligence regarding the political, economic, and social context of the host State, including environmental and climate-change pressures.[19] While States' right to legislate is recognised, it is however not

[17] UN General Assembly, *Paying Polluters: The Catastrophic Consequences of Investor-State Dispute Settlement for Climate and Environment Action and Human Rights, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change*, A/78/168, 13 July 2023.

[18] See: E. WISNIEWSKI, "A Changing Climate: The Future of 'Legitimate Expectations' in Energy Investment Disputes", *ICC Dispute Resolution Bulletin*, vol. 4, 2018, p. 69; J. E. VIÑUALES, "Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play", C-EENRG Working Papers, C-EENRG Working Papers, 2016-1 (Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, University of Cambridge), pp. 40-42.

[19] See, e.g.: *Charanne and Construction Investments v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final Award, 21 January 2016; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063, Award, 15 February 2018, spec. § 697; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 15 May 2019, §§ 521-522; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018, §§ 563-573.

unconditional,[20] and measures were deemed to substantially deprive the investor of the value of its investment.[21]

More generally, environmental considerations play an undeniably important role. Arbitral tribunals have dismissed investors' claims where the investment was found to be illegal,[22] for instance, when no feasibility study or prior environmental impact assessment was conducted or where the investor otherwise breached environmental laws. In *Cortec v. Kenya*, a mining investment in protected areas was found unlawful with respect to the host country's environmental laws, which required a feasibility report and an impact assessment conducted prior to the granting of a mining permit. The absence of these prerequisites amounted to a violation of domestic law, justifying the denial of investment protection under international law and leading the tribunal to decline jurisdiction.[23] One should also recall that questions pertaining to the characterization as indirect expropriation in the case of measures justified by environmental considerations date back three decades when they were addressed in *Southern Pacific Properties v. Egypt*[24].

Environmental considerations may also determine a lack of similarity with another investment, thus ruling out the possibility that the challenged administrative act may have been discriminatory.[25] The foreign purchaser of a former State entity operating a refinery criticised in vain the State for having changed its legislation so as to exonerate itself of its liability for environmental damages incurred prior to the sale.[26]

B.- The ISDS reform

Scholars now consider that "the reasoning of investment tribunals integrates environmental considerations in an increasingly clear and open

[20] See, e.g.; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063, Award, 15 February 2018, spec. § 697; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 15 May 2019, §§ 521-522; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15 June 2018, §§ 563-573.

[21] *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, *Final Award*, 4 May 2017, §§ 382-416.

[22] See M. M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », *in* L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN, V. TOMKIEWICZ (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, pp. 295-337.

[23] See *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/15/29,§ 365. See also M. LAAZOUZI, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements », *Revue de l'arbitrage*, vol. 2, 2019, p. 609.

[24] See: *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. Égypte*, CIRDI, sentence, 20 mai 1992, ARB/84/3; *ICSID Review*, 1993, p. 328, § 226.

[25] *Parkerings-Compagniet AS v. The Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, § 396.

[26] *Plama Consortium Limited v. The Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, §§ 217-228.

form, even when the relevant environmental measures are in breach of investment law."[27] This may cast doubt on the desirability of reform.

Recent arbitral awards dealing with environmental legislation have sometimes resorted to creative interpretations of investment agreements or addressed novel situations. Environmental claims have been asserted both by investors as main claims and by States as counterclaims. In certain cases, arbitral tribunals have granted compensation for damages to soils, groundwaters and infrastructures, raising legal questions that lack ready-made answers in the applicable law, such as the risk of double-compensation or the allocation of awarded sums for site clean-up efforts.[28]

In addition, an "ISDS reform" process has been initiated. On the substantive side, that ISDS reform has resulted in the most recently negotiated "new generation" investment protection agreements, that increasingly integrate references to climate change, as well as environment and human health safeguards of new types. These new provisions are expected to influence future dispute resolution mechanisms.

Thus, it cannot be ruled out as a possibility that investment arbitration may evolve to meet the challenges it faces, as can legitimately be expected therefrom. Environmental and climate disputes are in any event present in investment arbitration, and they have every reason to further develop, as will also develop greenhouse gas emission mitigation measures or even, in the longer range, climate change-adaptation measures. African States are not different in this respect from those of other continents, even though the UN principle of common but differentiated responsibilities obviously justifies that they may be subject to such developments at a slower pace. In the background, the ongoing procedural side of the ISDS reform provides some perspectives towards enhancing arbitration's social acceptability. ICSID amended its Convention Arbitration and Conciliation Rules (ICSID Arbitration Rules) with effect as of 1 July 2022, while the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)'s Working Group III continues its discussions on an "Investor-State Dispute Settlement Reform" involving major changes to arbitral procedure, many of which similar or comparable.[29]

---

[27] See J. E. VIÑUALES, "Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play", *op. cit*., pp. 24-25. See also M. LAAZOUZI, « Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements », *op. cit*., p. 609.

[28] See P. THIEFFRY, « Arbitrage et droit européen de l'environnement », *Revue de l'arbitrage*, vol. 4, 2019, p. 1069.

[29] Source: UNCITRAL website (https://uncitral.un.org/working_groups/3/investor-state). Much attention is given to the Working Group's Draft Code of Conduct for Arbitrators in International Investment Dispute Resolution, most notably its Article 4 on "Limit on multiple roles" under which, in the absence of agreement of the parties, "an Arbitrator shall not act concurrently as a legal representative or an expert witness in any other proceeding involving: (a) The same measure(s); (b) The same or related party (parties); or (c) The same provision(s) of the same instrument of consent" (A/CN.9/1148, adopted at the fifty-sixth session, on 3-21 July 2023). However, its current work also involves several procedural items of great significance, akin to those adopted by ICSID. See Draft provisions on procedural and cross-cutting issues (discussed at the 51st session in New York in April 2025), A/CN.9/WG.III/WP.244.

These reforms include, first, mechanisms to alleviate the burden on respondents facing manifestly ill-founded or frivolous claims, by allowing their early disposition or by ensuring the possible compensation of procedural costs by the claimant. A second relevant trend seeks some third-party information, at different levels between the mere publication of basic data, sometimes of redacted awards, to that of party submissions, expert reports, hearing transcripts or even the publicity of hearings.[30] A third, more significant, change would further such opening on the grounds of third-party participation, not only by incorporating *amicus curiae* in arbitration rules, but also by allowing the formal involvement of affected persons as parties. These ongoing evolutions are noteworthy: (i) because ESG-related arbitrations tackle issues of highly public and/or general interest not unlike investment arbitration; and (ii) because there is a growing risk that criticism of ISDS may spill over into commercial arbitration, whether justified or not, for similar reasons.

Such considerations are however less present in international commercial arbitration, in the environmental and climate areas, as in all other fields.

II.- Commercial disputes with environmental and climate aspects

In commercial arbitration, arbitral awards are generally not made public, and the proceedings themselves even much less. Yet, based on limited access to relevant materials, authors have reported awards in various types of cases involving environmental protection (A). Such a practice appears to be a reliable precursor to the development of commercial arbitration of climate change-related disputes (B).

A.- Commercial arbitration practice and the environment

ICC awards involving environmental aspects have been reported for more than thirty years.[31] About half of these cases dealt with warranty agreements in corporate acquisitions and sales of contaminated sites. This is significant for two reasons: first, disputes relating to such agreements are often submitted to arbitration; and, second, the parties do not always subject them to the usual time limits and monetary caps. In such cases, arbitral

[30] A first major step was taken in 2014 when UNCITRAL's Working Group III adopted Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (UNCITRAL Rules on Transparency), the application of which is promoted by the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, also known as the Mauritius Convention on Transparency (https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency).

[31] See: O. BOSKOVIC, « L'arbitrage international en matière environnementale », *Énergie-Environnement-Infrastructures*, n° 4, avril 2019, p. 1; Th. CLAY, « Arbitrage et environnement », *Gazette du Palais*, 29 mai 2003, p. 10; E. JOLIVET, « Chronique de jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce internationale (CCI) : aspects du droit de l'environnement dans l'arbitrage CCI », *Gazette du Palais*, 4 décembre 2004, p. 54; E. JOLIVET, L. MARQUIS, « Arbitrage commercial international et litiges environnementaux : illustrations dans des affaires récentes », *Cahiers de l'arbitrage*, n° 1, 2011, p. 91; P. THIEFFRY, « Arbitrage et droit européen de l'environnement », *op. cit*.

tribunals are clearly not entrusted with the task of safeguarding the environment *per se*, but rather with determining issues, such as the existence of site contamination and resulting environmental damage, its attribution to the current or former operator, and the scope and costs of remediation.

Other reported arbitrations have involved construction and infrastructure projects, such as solar parks, wind farms, or hydroelectricity installations. Some of these deal with prospection, extraction, transportation, storage and distribution of natural resources, including of course in Africa, sometimes with the disruption of administrative orders, not unlike State measures in investment arbitration. Many of these contractual disputes involve long-term prospection and/or extraction rights, e.g. in the oil and gas industry, which are prone to being questioned in the wake of climate-mandated transitions and are mainly granted by States or State entities, a factor that somewhat blurs the distinction between commercial arbitration and ISDS.

In contrast with ISDS, commercial arbitration is traditionally considered to operate as a means of resolving disputes with primarily private interests at stake. However, it provides the parties with a means of ensuring that appropriate expertise in the various legal and technical aspects of the environment or climate change is available to the tribunal, whether through the appointment of qualified arbitrators, party-nominated expert consultants, tribunal-appointed experts, or through expert determination mechanisms.[32]

In addition, that traditional landscape is likely to be reshaped as lawmakers around the world increasingly rely on corporate governance mechanisms to contribute to the funding of necessary environmental transitions. This shift is driven in part by the G20's Taskforce on Climate-related Financial Disclosures (TCFD), a "sustainable finance strategy" instrumentalising financial and non-financial disclosures on the climate impacts of corporate activities, under the so-called "principle of double materiality." In the European Union, this is the ultimate goal of such notable legislation as the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), under which large companies must likewise disclose both the environmental impacts of sustainability issues on their activities "outside-in" and the impacts of their activities on the public and the environment "inside-out", following the principle of "double materiality."[33] The Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR) further requires financial market operators to support the credibility of claims promoting allegedly sustainable investments.[34] Such disclosure obligations are to be improved by sustainability transparency instruments, which aim at their coherence and sufficiency. The Taxonomy Regulation seeks a level playing field through a coherent classification of

[32] ICC, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, *op. cit.*, §§ 5.7 et s.
[33] Directive (EU) 2022/2464 of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting [2022] OJ L 322/15.
[34] Regulation 2019/2088 of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector, [2019] OJ L 317/1.

activities contributing substantially to sustainability objectives.[35] The Sustainability Due Diligence Directive (CS3D) boosts their sufficiency by setting forth a framework for investigation, verification and publication of the impacts of a company's activity on sustainable development throughout its value chain.[36] This builds upon existing sector-specific due diligence obligations, such as those applicable to minerals from conflict zones,[37] certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation,[38] and batteries and battery waste.[39]

Another significant trend is the growing reliance on human rights norms in environment-related litigation, either as a direct legal basis or as interpretative guidance for defining corporate duties of care. Interestingly, the EU Taxonomy Regulation refers to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), which require that business enterprises establish or participate in effective operational-level grievance mechanisms for individuals and communities adversely impacted by their actions, and that States facilitate effective State and non-State grievance mechanisms and access to justice. A landmark case in this regard is the *Royal Dutch Shell* ruling by a Netherlands' first-degree State court, which held that, while human rights cannot be invoked as such against private companies, their underlying values could be factored in the interpretation of the civil code's unwritten standard of care, because it can be deduced from soft law instruments, such as the UNGPs, that companies must respect human rights. On that basis, the court ordered that the whole *Shell* group limit or cause to be limited the aggregate annual volume of all CO_2 emissions (Scope 1, 2 and 3), directly or indirectly, due to its business operations and sold energy-carrying products to such an extent that this volume will have reduced by at least net 45% at the end of 2030, relative to 2019 levels[40]. Obviously, some

[35] Regulation 2020/852 of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, [2020] OJ L 198/13. To characterize as sustainable, an activity must contribute substantially to one or more of six objectives and not do "significant harm" to any such objectives.

[36] Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859 [2024] OJ L 2024/1760.

[37] Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas [2017] OJ L 130/1.

[38] Regulation (EU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010 [2023] OJ L 150/206.

[39] Regulation (EU) 2023/1542 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2023 concerning batteries and waste batteries, amending Directive 2008/98/EC and Regulation (EU) 2019/1020 and repealing Directive 2006/66/EC, [2023] OJ L 191/1.

[40] District Court of The Hague, 26 May 2021, *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Dutch), ECLI:NL:RBDHA:2021:5339 (English translation). The Court downgraded its order to a significant best-efforts obligation only with respect to the business relations of the *Shell* group, including the end-users, in which context it may be expected to take the necessary steps to remove or prevent the serious risks ensuing from the CO_2 emissions generated by the business relations, and to use its influence to limit any lasting

of these emissions take place in Africa, whether as the place of extraction or consumption of the group's products, and as such fall within the ambit of the group's duties.

Although the first-instance judgment was later overturned on appeal with respect to the specific 45% reduction order, the case remains highly illustrative of the growing reliance on human rights and corporate duties of care in climate litigation. Such litigation may also affect contractual relationships between multinational groups and their African subsidiaries, suppliers, subcontractors, distributors or customers, including where dispute resolution has been agreed to take place through arbitration. In any event, other similar situations may be expected to arise. For instance, TotalEnergies is currently being sued before French courts in relation to projects such as the exploration of 419 oil wells and the EACOP pipeline, a 1,500-kilometre infrastructure transporting crude oil to the Tanzanian coast, in addition to facing protracted litigation for an alleged violation of the French corporate duty of diligence law.[41]

This is particularly true in the climate change context, where scientific and technical issues may be even more prominent.

B.- The development of arbitration of climate change-related disputes

The above-mentioned ICC Report estimates that "required rapid and far-reaching transition to energy, land, urban and infrastructure and industrial systems arising out of a global response to climate change will necessarily give rise to new investment and contracts, and accordingly contractual and other legal disputes."[42]

Climate change-related arbitration may arise out of, or in relation to, contracts linked to the mitigation of greenhouse gas emissions (such as transactions on emission allowances), adaptation, or more generally the implementation of energy, land, urban and infrastructure or systems transition, including the already numerous commercial disputes over the supply, erection and/or operation of renewable energy facilities (wind, solar, hydro…), the decommissioning of non-renewable power plants, the adaptation of existing buildings and infrastructure, etc. Contracts without any specific climate-related purpose or subject-matter may give rise to disputes involving climate or related environmental issues as they may be impacted by the contracting parties' responses to changes in national laws, regulations or

consequences as much as possible. See also Court of appeal of The Hague, 12 November 2024, *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099 (Dutch), ECLI:NL:GHDHA:2024:2100 (English).

[41] See, e.g.: L. CARAMEL, «TotalEnergies back in court over its mega-project in Uganda», *Le Monde*, 8 December 2022; Le Monde, «Ugandans sue TotalEnergies for reparations in France», *Le Monde*, 27 June 2023. While the initial lawsuit was dismissed at an early stage due to the legally required preliminary demand notice not complying with the statutory conditions (Tribunal judiciaire de Paris, 28 February 2023, *Les amis de la terre France c. TotalEnergies SE*, N° RG 22/53942), new litigation was subsequently initiated.

[42] ICC, *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*, *op. cit.*, § 2.3.

policies, voluntary commitments or, even more broadly, environmental impacts of climate change and/or responses to associated climate change action in national courts and other fora.

Arbitration may even conceivably be initiated by an affected non-party – individual or group of individuals – on the basis of a "submission agreement" (*compromis*) concluded after a dispute arises with a business operator, or pursuant to a unilateral offer to arbitrate included in its code of conduct, ethical standards, or corporate governance model. For instance, this may serve to resolve existing climate change-related or environmental disputes involving groups or populations potentially affected by investments in new or protected forestry areas – impacting their livelihoods and access to natural resources – or by the development of wind farms or solar panel installations that affect arable land or fisheries.[43]

As noted above, the ISDS Reform's most significant contemplated change would open arbitration proceedings to wider involvement of traditional non-parties, not only by incorporating *amicus curiae* in arbitration rules, but also by allowing the formal involvement of affected persons as parties. This could even entail mass arbitrations as has already occurred in a few remarkable arbitration matters albeit such matters were not related to environment or climate change issues. In the ICSID arbitration *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, involving 60,000 claimants, the tribunal reasoned that:

> "not only would it be cost prohibitive for many Claimants to file individual claims but it would also be practically impossible for ICSID to deal separately with 60,000 individual arbitrations. Thus, the rejection of the admissibility of the present claims may equal a denial of justice. This would be shocking given that the investment at stake is protected under the BIT, which expressly provides for ICSID jurisdiction and arbitration."[44]

Similarly, the Bangladesh Accord on Fire and Building Safety was established in the aftermath of the Rana Plaza catastrophe that killed more than 1,100 workers in order to offer the victims an accessible forum for their compensation.[45] This initiative created a structured, accessible forum for workers to seek compensation and justice, serving as an alternative to the otherwise limited legal recourse available to such large numbers of affected individuals.

The prospects of commercial arbitration as a means for resolving such types of climate change-related disputes may depend on its "social acceptability." Arbitral institutions have been attempting to improve the public's perception of their work by allowing some level of third-party involvement in what is otherwise a private process. For example, *amici curiae* may provide information to arbitral tribunals, or increased transparency of arbitral proceedings can be achieved by opening proceedings to the public,

[43] *Ibid.*, §§ 2.4-2.6 and footnote 13.
[44] *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011.
[45] See the site of the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh: https://bangladeshaccord.org/ (accessed on 1 May 2026).

including in the publication of submissions, procedural decisions, hearings, and awards.

Therefore, arbitration – whether in the context of investment or commercial disputes – remains an adequate mode of dispute resolution for a large part of environmental and climate disputes. However, its organisation may require particular attention, especially given the evolving and vital nature of these domains. But is this not true for all fields dealing with emerging and dynamic issues?

LE TRANSPORT MARITIME EN AFRIQUE FACE AUX EXIGENCES DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN

Kokougan MESSIGA

Docteur en droit public
Membre de l'Institut de recherche juridique interdisciplinaire François Rabelais (IRJI), Université de Tours, et chercheur associé au Centre de droit international (CDI-EDIEC), Université Jean Moulin Lyon 3

L'Afrique dispose d'un vaste potentiel maritime constitué notamment d'un réseau de ressources marines et d'un système de mers et d'océans interconnectés[1]. Elle est également dotée d'une vaste surface aquatique, composée de lacs et de bassins fluviaux transfrontaliers, qui s'étend sur environ 64 % de la superficie du continent[2]. Pour mener à bien la gestion, a priori complexe, de ce dédale d'étendues d'eau et de leurs ressources, l'Afrique dispose d'une centaine de ports, dont 52 prennent en charge des conteneurs et le commerce transnational, ce qui lui permet de participer activement au système de transport maritime international. Certes, ces données statistiques sur le domaine maritime de l'Afrique traduisent la réalité d'un potentiel considérable, susceptible de contribuer au développement socio-économique du continent grâce à l'opportunité de mise en place d'une économie bleue, incarnée par « l'utilisation des mers et des océans, des côtes, des lacs, des cours d'eau et des nappes souterraines à des fins économiques, y compris, mais sans s'y limiter, la pêche, l'extraction minière, la production d'énergie, l'aquaculture et les transports maritimes, avec la protection de la mer en vue d'améliorer le bien-être social »[3]. Mais ces informations cachent également un fléau dangereux, lié à la pollution et à ses conséquences nocives pour l'environnement marin et la sécurité humaine, d'où la nécessité d'une protection accrue. Cette protection doit être entendue dans une acception large, englobant non seulement la préservation du milieu marin, mais également celle de la biodiversité et des ressources biologiques qui en dépendent.

---

[1] Voir la note du Secrétariat de la Conférence ministérielle africaine sur l'environnement intitulée « Promouvoir l'économie bleue/océanique en Afrique », CMAE/17/6, dix-septième session, Durban, 11-15 novembre 2019.

[2] PNUE, *Africa Water Atlas*, Nairobi, PNUE, 2010, p. 38.

[3] Il s'agit de la définition de l'économie bleue ou marine, telle qu'elle est consacrée à l'article 1er de la Charte africaine sur la sûreté et la sécurité maritimes et le développement en Afrique de 2016 (Charte de Lomé). Voir à ce sujet : Commission économique pour l'Afrique, L'Économie bleue en Afrique. Guide pratique, Nations Unies, Addis-Abeba, 2016 ; P. CHAUMETTE, « L'économie bleue en Afrique : guide pratique », *Humansea*, 16 avril 2018 ; A. CALIGIURI, « La Charte de Lomé comme instrument pour une nouvelle gouvernance maritime en Afrique », *Paix et sécurité européenne et internationale*, vol. 6, 2017, pp. 1-13.

Dans cette perspective, la problématique du transport maritime en Afrique revêt une importance telle qu'elle s'est imposée parmi les premières préoccupations des États nouvellement admis sur la scène internationale. En effet, au lendemain des indépendances, une résolution avait été adoptée par la Conférence sur la coopération des États de l'Afrique de l'Est, sous l'égide du Conseil économique et social des Nations Unies. À cette occasion, la résolution invitait « *the interim Council of Ministers to recommend to Member Governments the establishment of a unified maritime transport system* »[4].

Au début du XXIe siècle, la création d'une nouvelle institution panafricaine, fondée sur une logique d'intégration plutôt que sur une simple coopération, et investie d'objectifs audacieux, notamment celui d'accélérer la mise en œuvre d'une politique socio-économique intégrée à l'échelle du continent[5], a favorisé l'émergence de nombreux projets, conventionnels ou non, consacrés à l'économie bleue en général et au transport maritime en particulier[6]. Ils avaient pour but d'encadrer les activités de transport maritime et de proposer des solutions juridiques susceptibles de prévenir ou de freiner les conséquences néfastes de ces activités sur l'environnement marin. C'est peu dire que les enjeux de la recherche d'une protection environnementale en mer sont bien réels au regard de la persistance de la pollution marine et de ses effets sur la biodiversité.

En dépit des efforts d'harmonisation et d'intégration des politiques maritimes africaines en matière de transport et de protection de l'environnement marin, de nombreux défis demeurent et compromettent le développement de l'économie bleue sur le continent[7]. Qu'il s'agisse des diverses formes de pollution marine, qui portent atteinte à la biodiversité et contribuent à l'épuisement des ressources halieutiques, ou encore des déchets marins, de l'acidification des océans et, plus largement, des effets du changement climatique, les menaces pesant sur le développement de l'économie bleue sont désormais bien établies. Leur prise en compte appelle,

[4] Il s'agit de la résolution sur le transport maritime adoptée lors de la réunion plénière du 29 octobre 1965, dans le cadre de la Conférence sur la coopération économique en Afrique de l'Est, organisée sous l'égide du Conseil économique et social des Nations Unies. Cette conférence s'est tenue à Lusaka, du 26 octobre au 6 novembre 1965 (E/CN.14/LU/EC OP/RES.9, 1 novembre 1965).

[5] Acte constitutif de l'Union africaine, article 3, c).

[6] Voir notamment : la Stratégie africaine intégrée des mers et des océans adoptée en 2014 par l'Union africaine ; la Charte africaine de 2016 sur la sûreté et la sécurité maritimes et le développement en Afrique (Charte de Lomé) ; l'Agenda de l'Union africaine à l'horizon 2063, qui identifie parmi ses objectifs le développement d'une « économie bleue/océanique pour une croissance économique accélérée » en même temps qu'il fait du transport maritime l'un des domaines prioritaires qui accélèreront la croissance économique de l'Afrique ; l'Accord établissant la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) de 2018, entré en vigueur en 2019, qui « appuie l'affirmation de nombreux responsables politiques selon laquelle une économie bleue ou océanique pourrait apporter une forte contribution au développement économique sur l'ensemble du continent ».

[7] La question de la promotion de l'économie bleue et océanique durable en Afrique a régulièrement été débattue au sein de la Conférence ministérielle africaine sur l'environnement (CMAE). Voir notamment la note du Secrétariat présentée lors de la dix-septième session de la CMAE, tenue à Durban du 11 au 15 novembre 2019, sous le titre « Promouvoir l'économie bleue/océanique en Afrique » (doc. CMAE/17/6).

d'une part, la mise en œuvre de politiques de prévention et de sensibilisation et, d'autre part, des actions juridiques visant à engager la responsabilité des acteurs impliqués. À cet égard, l'effectivité de la protection de l'environnement marin, entendue comme incluant la préservation des écosystèmes et de la biodiversité marine, repose sur une articulation équilibrée entre la prévention et la répression. Dans le cadre de la présente étude, cette exigence conduit à s'intéresser tant aux navires battant pavillon d'États africains qu'aux navires étrangers naviguant dans les espaces maritimes relevant de la juridiction ou de la souveraineté des États du littoral africain.

Face à l'équation que posent, d'une part, la nécessité d'instaurer une économie bleue – levier essentiel d'un développement endogène – impliquant le renforcement du transport maritime en Afrique, et, d'autre part, l'impératif de protection de l'environnement marin, deux inconnues appellent une analyse approfondie. Il convient d'abord de cerner les enjeux environnementaux liés à l'utilisation de la mer comme voie de transport (I), puis d'évaluer l'efficacité des mécanismes actuels de protection de l'environnement marin dans le secteur du transport maritime (II).

I.- Les enjeux de la protection de l'environnement marin dans l'utilisation de la mer comme moyen de transport

En dépit d'« [u]n demi-siècle de droit international de l'environnement marin »[8], les différents problèmes liés aux accidents du transport maritime n'ont pas disparu et constituent, au contraire, une source de pollution marine. La préservation de l'environnement marin s'inscrit ainsi dans un double enjeu : d'une part, la lutte contre les formes de pollution marine résultant du transport maritime (A) et, d'autre part, la protection de la biodiversité marine face aux atteintes liées à cette même activité (B).

A.- La lutte contre les formes de pollution marine résultant du transport maritime

Le concept de la pollution marine a été consacré par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM), dont l'article 1er, § 4, en précise les éléments de définition[9]. Celle-ci a été reprise, partiellement ou intégralement, par un certain nombre d'instruments juridiques régionaux[10] ou

[8] N. ROS, « Un demi-siècle de droit international de l'environnement marin », *in* M. A. MEKOUAR, Michel PRIEUR (dir.), *Droit, humanité et environnement. Mélanges en l'honneur de Stéphane Doumbé-Billé,* Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 507.

[9] Il s'agit de « l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles, tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, entrave aux activités maritimes, y compris la pêche et les autres utilisations légitimes de la mer, altération de la qualité de l'eau de mer du point de vue de son utilisation et dégradation des valeurs d'agréments ».

[10] La Charte de Lomé reprend partiellement cette définition en son article 1er.

sous-régionaux[11]. À partir de cette définition, deux formes de pollution peuvent être distinguées : la pollution fonctionnelle (1) et la pollution intentionnelle (2).

1. La pollution fonctionnelle

L'étude historique et l'analyse des faits de pollution révèlent que le continent a connu relativement peu de grands phénomènes de pollution accidentelle dans ses eaux[12], comparativement à d'autres régions du globe, comme l'Europe ou l'Amérique[13]. Toutefois, les rares accidents qui s'y sont produits ont suscité une vive attention et ont profondément marqué les esprits[14]. La pollution accidentelle due au transport de produits dangereux (1.1) demeure un problème crucial, de même que celle résultant des déchets liés au fonctionnement du navire (1.2).

1.1. La pollution accidentelle due au transport de produits dangereux

L'activité de navigation en Afrique, telle qu'incarnée par le transport maritime, concerne non seulement le déplacement des personnes et des biens, mais aussi celui d'un certain nombre de produits pour lesquels les autres moyens d'acheminement seraient jugés trop dangereux ou inappropriés, notamment en raison de leur inflammabilité ou des conséquences qu'ils pourraient entraîner en cas de déversements accidentels dans les eaux africaines. À cet égard, et à bien d'autres, la Convention internationale de

[11] Le Code communautaire de la marine marchande de la CEMAC, adopté à Brazzaville (République du Congo) le 22 juillet 2012, reprend entièrement cette définition. Le paragraphe 59 de son article 2 reprend la définition que la Convention de Montego Bay donne de la pollution marine.

[12] Voir É. DIBAS-FRANCK, *Le droit maritime dans la zone CEMAC*, Paris, L'Harmattan, 2018 p. 219.

[13] Aucun des accidents pétroliers marquants suivants n'est survenu sur les côtes africaines : le *Torrey Canyon* (1967, près des îles Scilly, au large de l'Angleterre), l'*Amoco Cadiz* (1978, au large des côtes bretonnes, France), l'*Exxon Valdez* (1989, côte sud de l'Alaska, États-Unis), l'*Erika* (1999, au large des côtes bretonnes, France), et le *Prestige* (2002, au large de la Galice, dans le nord-ouest de l'Espagne, la marée noire ayant ensuite touché les côtes espagnoles, portugaises et françaises).

[14] À cet égard, on peut évoquer notamment l'accident survenu en Afrique du Sud, le 6 août 1983, lorsque le *Castillo de Bellver* prit feu à 80 kilomètres de Table Bay, la baie formée par le littoral de Cape Town. Le navire battant pavillon espagnol, qui transportait 250 000 tonnes de pétrole brut, se brisa en deux avant de sombrer entièrement le lendemain. Heureusement, les côtes sud-africaines avaient été épargnées, contrairement aux oiseaux marins. Six années plus tard, les côtes marocaines ont été impactées, le 19 décembre 1989, par l'explosion survenue au large de Safi, du pétrolier iranien *Khark 5*, qui transportait 280 000 tonnes de pétrole brut. On peut également mentionner les accidents suivants : celui survenu près des côtes angolaises en 1991, en raison de l'incendie déclenché à bord du *ABT Summer* ; celui survenu sur le littoral mozambicain, à la suite de l'accident du *Katina P*, brisé en deux en 1992 ; la pollution, en 1997, du port de Djibouti, où près de 7 000 tonnes de pétrole ont été déversés, contaminant jusqu'à 400 000 mètres carrés de terrain ; le naufrage au large de la ville du Cap en Afrique du Sud, le 23 juin 2000, du navire *Treasure*, immatriculé au Panama et transportant 140 000 tonnes de minerai de fer du Brésil vers la Chine ; deux fuites, en 2008, sur un pipeline ayant causé des déversements de plusieurs milliers de barils de pétrole dans la région du Delta du Niger.

1992 sur la responsabilité civile (CLC) pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures établit une liste indicative de produits dangereux constitués de substances minérales persistantes, à savoir le pétrole brut, le fuel-oil, l'huile diesel lourde et l'huile de graissage, qu'ils soient transportés à bord d'un navire en tant que cargaison ou dans les soutes du navire (article 1er, § 5, de la CLC). Plus large dans sa définition, la Convention internationale de 2010 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD) identifie plusieurs catégories de produits susceptibles de présenter un caractère nocif et potentiellement dangereux[15]. Au 14 avril 2026, cette convention a atteint le seuil requis de 12 ratifications, condition nécessaire à son entrée en vigueur, laquelle demeure toutefois également subordonnée à la réalisation de certaines exigences techniques et à l'écoulement d'un délai supplémentaire[16].

La dangerosité du transport de ces produits explique d'ailleurs la consécration de « régimes spéciaux de responsabilité », différents du régime de droit commun relatif au transport de passagers, par exemple. Au-delà des risques d'accidents liés aux hydrocarbures et à d'autres substances dangereuses, le transport maritime peut être source de pollution marine du simple fait du fonctionnement du navire.

[15] Selon l'article 1er, § 5, la notion de substances nocives et potentiellement dangereuses (SNPD) désigne : « a) toute substance, toute matière et tout article transportés à bord d'un navire en tant que cargaison qui sont visés aux alinéas i) à vii) ci-dessous : i) les hydrocarbures transportés en vrac, tels que définis à la règle 1 de l'Annexe I de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole de 1978 y relatif et telle qu'amendée ; ii) les substances liquides nocives transportées en vrac, telles que définies à la règle 1.10 de l'Annexe II de la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par le Protocole de 1978 y relatif et telle qu'amendée, et les substances et mélanges provisoirement classés dans les catégories de pollution X, Y ou Z conformément à la règle 6.3 de ladite Annexe II ; iii) les substances liquides dangereuses transportées en vrac qui sont énumérées au chapitre 17 du Recueil international de règles relatives à la construction et à l'équipement des navires transportant des produits chimiques dangereux en vrac, tel que modifié, et les produits dangereux pour le transport desquels les conditions préliminaires appropriées ont été prescrites par l'Administration et les administrations portuaires intéressées conformément au paragraphe 1.1.6 de ce recueil ; iv) les substances, matières et articles dangereux, potentiellement dangereux et nuisibles transportés en colis qui sont visés par le Code maritime international des marchandises dangereuses, tel que modifié ; v) les gaz liquéfiés qui sont énumérés au chapitre 19 du Recueil international de règles relatives à la construction et à l'équipement des navires transportant des gaz liquéfiés en vrac, tel que modifié, et les produits pour le transport desquels des conditions préliminaires appropriées ont été prescrites par l'Administration et les administrations portuaires intéressées conformément au paragraphe 1.1.6 de ce recueil ; vi) les substances liquides transportées en vrac dont le point d'éclair ne dépasse pas 60º C (mesuré en creuset fermé) ; vii) les matières solides en vrac possédant des propriétés chimiques dangereuses qui sont visées par le Code maritime international des cargaisons solides en vrac, tel que modifié, dans la mesure où ces matières sont également soumises aux dispositions du Code maritime international des marchandises dangereuses en vigueur en 1996, lorsqu'elles sont transportées en colis ; et b) les résidus du précédent transport en vrac de substances visées aux alinéas a) i) à iii) et v) à vii) ci-dessus ».

[16] Source : site de l'Organisation maritime internationale (https://www.imo.org).

1.2. Les déchets liés au fonctionnement du navire

L'activité de transport maritime met en évidence une forme particulière de pollution fonctionnelle, résultant du fonctionnement normal des navires et relative notamment aux bruits produits par la navigation, aux déchets rejetés par les navires ou encore à certains produits contenus dans la peinture de la coque.

S'agissant, d'abord, des bruits de navigation, ceux-ci constituent une source de pollution susceptible de nuire aux espèces marines qui se déplacent dans les eaux africaines. Selon l'Organisation maritime internationale (OMI), « [d]es études ont montré que le bruit sous-marin que produisent les navires de commerce pouvait avoir des effets néfastes aussi bien à court terme qu'à long terme sur la faune marine, et notamment sur les mammifères marins »[17]. Curieusement, la question de la pollution marine acoustique est assez récente et n'était que très peu abordée jusqu'à la fin du XX^{e} siècle. Au sein de l'OMI, par exemple, ce n'est qu'en 2004 que la problématique des bruits sous-marins d'origine anthropique, produits par les navires et ayant des conséquences sur les mammifères marins, a été soulevée pour la première fois.

S'agissant, ensuite, de la pollution marine liée aux eaux usées, les règles applicables figurent à l'Annexe IV de la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973 (MARPOL). Cette annexe fixe les conditions de rejet des eaux usées en mer et impose notamment des prescriptions techniques visant à en limiter les effets sur le milieu marin.

S'agissant, enfin, de la pollution liée aux produits utilisés pour la peinture des navires – notamment les peintures antisalissure (antifouling) –, ceux-ci contiennent des biocides destinés à protéger les coques en empêchant l'adhésion d'organismes aquatiques. Toutefois, ces substances se révèlent également toxiques pour les espèces marines.

Le transport maritime en Afrique constitue ainsi une véritable source de pollution marine, compte tenu de son mode de fonctionnement. À ces sources fonctionnelles, s'ajoute une autre catégorie résultant de rejets intentionnels de substances polluantes.

2. La pollution intentionnelle

Elle peut concerner aussi bien les déversements de déchets produits par les navires (2.1) que l'immersion de déchets transportés par les navires (2.2).

2.1. Le déversement de déchets produits par les navires

Pendant longtemps, les mers et les océans ont été considérés comme le déversoir des déchets, dans la mesure où l'on croyait qu'ils pouvaient les absorber facilement et indéfiniment. Aujourd'hui, grâce à la lutte écologique,

[17] Voir « Le bruit produit par les navires », dossier d'actualité, Londres, Organisation maritime internationale, [s. d.].

de telles pratiques ont été considérablement atténuées, sans disparaître pour autant, réduisant l'essentiel de la question des déversements, dans notre contexte, aux déchets provenant des navires et aux eaux de ballast. En ce qui concerne les premiers, il est évident que les armateurs et les propriétaires de navires éprouvent d'énormes difficultés à déverser les déchets issus de leurs navires. L'inquiétude est d'autant plus patente lorsqu'il s'agit de trouver des installations portuaires capables de recevoir ces déchets. C'est pourquoi le MEPC a approuvé, en mai 2013, la circulaire relative aux installations portuaires susceptibles de recevoir des cargaisons déclarées nuisibles au milieu marin en vertu de l'Annexe V de MARPOL (MEPC.1/Circ.810).

Concernant les eaux de ballast, elles sont souvent utilisées à bord des navires pour les stabiliser. Elles contiennent de nombreux microbes marins ou aquatiques, des plantes et des animaux, transportés dans le monde entier et susceptibles de porter préjudice à l'environnement marin lorsqu'elles sont rejetées en mer sans traitement, en raison de leur transformation en substances invasives. Selon l'OMI, en effet, « [l]e rejet d'eaux de ballast non traitées dans le lieu de destination du navire pourrait introduire de nouvelles espèces marines envahissantes. Des centaines d'invasions de ce type ont déjà eu lieu, avec parfois des conséquences désastreuses pour les écosystèmes locaux »[18]. De même, en application de la Convention internationale de 2004 pour le contrôle et la gestion des eaux de ballast et des sédiments des navires (Convention BWM), les États parties sont désormais tenus de faire traiter ces eaux par les navires battant leur pavillon avant leur rejet.

Par ailleurs, il existe de rares cas où des navires étrangers déchargent dans un port donné des déchets toxiques issus de leur nettoyage, comme cela fut le cas, notamment dans l'affaire du *Probo Koala* en 2006, où des déchets avaient été déversés dans plusieurs sites de décharge en Côte d'Ivoire, principalement à Abidjan.

Au demeurant, il existe un arsenal juridique à la disposition des États africains, susceptible de leur permettre de lutter contre cette forme de pollution. Cependant, la pollution intentionnelle peut également consister en l'immersion de déchets transportés par les navires.

2.2. L'immersion de déchets transportés par les navires

La Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (adoptée le 13 novembre 1972 et entrée en vigueur le 30 août 1975) est considérée comme l'une des premières conventions mondiales relatives à la protection du milieu marin résultant des activités humaines. L'immersion y est entendue comme l'élimination délibérée de déchets en mer. Cette définition a d'ailleurs été reprise par la CNUDM en 1982[19], alors que la Charte africaine du transport maritime révisée de 2010 et

[18] Voir « Gestion des eaux de ballast – contrôle des espèces aquatiques envahissantes », dossier d'actualité, Londres, Organisation maritime internationale, [s. d.].

[19] Aux termes de l'article 1er, 5), a), i), l'immersion s'entend de « tout déversement délibéré de déchets ou autres matières, à partir de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages placés en mer, ii) tout sabordage en mer de navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages ». Cette définition exclut, par la même occasion, « le déversement de déchets ou

la Charte africaine sur la sûreté et la sécurité maritimes et le développement en Afrique de 2016 (Charte de Lomé) restent silencieuses sur le concept, même si elles évoquent toutes deux la question du déversement de déchets toxiques. En 1996, les États parties ont adopté un Protocole (Protocole de Londres, entré en vigueur en 2006), destiné à remplacer la Convention de 1972. Il consacre des changements majeurs, comme l'introduction de la notion de précaution ou du principe d'exclusion, tout en y apportant quelques particularités. En effet, au lieu de donner la liste des déchets ne pouvant être immergés, ce protocole interdit purement et simplement l'immersion de tous les déchets. Compte tenu de leur toxicité, les déchets transportés et immergés peuvent occasionner d'immenses dégâts à l'écosystème marin et constituer, de ce fait, une véritable source de pollution pour le littoral africain. Les navires naviguant dans les eaux africaines et à proximité doivent être surveillés en permanence afin de prévenir les actes illicites. Cependant, face à une complaisance maritime subie par l'Afrique, due au paradoxe de son incapacité à tirer profit de ses espaces marins, il arrive parfois que des acteurs maritimes, souvent étrangers au continent, adoptent des comportements pourtant prohibés, sans pour autant être inquiétés.

Fort heureusement, grâce aux efforts consentis à l'échelle mondiale au profit de techniques plus vertes, et donc plus écologiques, suggérées par les normes internationales et nationales récemment établies, on assiste à une forte diminution de la quantité de polluants immergés en mer[20]. La situation semble encourageante, même si le danger subsiste. Au-delà de la lutte contre les formes de pollution marine liées au transport maritime, la protection de la biodiversité constitue également un enjeu important.

B.- La protection de la biodiversité marine du fait de la pollution consécutive au transport maritime

Les activités de transport maritime, au-delà de la pollution qu'elles engendrent, sont également préjudiciables à la biodiversité marine en raison des dommages qu'elles peuvent causer, notamment à la faune et à la flore marines, d'où l'intérêt d'analyser aussi bien les défis (1) que les moyens de protection (2).

1. Les défis de la protection

L'une des conséquences directes de la pollution liée au transport maritime en Afrique réside dans le risque de disparition des ressources marines exposées à des substances nocives. Dans cette perspective, il convient d'examiner, d'une part, les défis liés aux risques de disparition des ressources halieutiques (1.1), et, d'autre part, ceux tenant à la disparition des autres ressources vivantes (1.2).

1.1. Les risques de disparition des ressources halieutiques

autres matières produits directement ou indirectement lors de l'exploitation normale de navires ».

[20] Voir *Les océans, sources de vie*, *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Vingtième anniversaire (1982-2002)*, New York, Nations Unies, 2002.

Il est facile d'établir un lien assez étroit entre le transport maritime et les risques de disparition des ressources halieutiques dans la mesure où l'activité de transport occasionne, bien souvent, des faits de pollution nuisibles à la biodiversité marine. Cette situation est d'autant plus vraie lorsque les navires ayant subi un naufrage transportaient des substances nocives et dangereuses.

La question semblait suffisamment importante pour que les chefs d'État et de gouvernement, réunis dans la capitale nigériane en 2005, adoptent la Déclaration d'Abuja sur la pêche et l'aquaculture durables en Afrique[21], laquelle vise à « appuyer les mesures nationales destinées à adhérer, ratifier et mettre en œuvre les conventions internationales [garantissant] l'utilisation durable et la protection des ressources aquatiques vivantes de la région ».

La disparition des ressources halieutiques est préjudiciable au développement de l'économie bleue en Afrique et pourrait, à long terme, constituer un véritable danger pour la sécurité alimentaire. En effet, de nombreuses populations africaines du littoral bénéficient de l'activité et des produits de la pêche artisanale via le circuit court. La recherche d'une pêche durable est essentielle et passe par la réduction des facteurs susceptibles d'accélérer la disparition des espèces marines, ce qui entraîne l'effondrement de la pêche artisanale. En effet, les dangers associés à l'amenuisement des ressources vivantes, qu'elles soient halieutiques ou autres, sont bien réels.

1.2. Les risques de disparition des autres ressources vivantes

La conservation des ressources biologiques est au cœur de la protection et de la préservation du milieu marin. Elle constitue l'un des remèdes préventifs contre la pollution marine sous toutes ses formes, « lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles tels que des dommages aux ressources biologiques, à la faune et à la flore marines » (article 1er, § 4, CNUDM). Pour comprendre la question de la disparition de ressources non halieutiques, il convient de se référer à la notion de diversité biologique, définie dans la Convention sur la diversité biologique (CDB) de 1992 comme « variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris, entre autres, les écosystèmes marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ». Son article 2 en énumère les composantes, à savoir « les ressources génétiques, les organismes ou éléments de ceux-ci, les populations, ou tout autre élément biotique des écosystèmes ayant une utilisation ou une valeur effective ou potentielle pour l'humanité ».

Les activités de transport maritime peuvent également avoir des impacts nuisibles sur les ressources génétiques, qui jouent un rôle très important pour l'humanité en raison de leur spécificité vertueuse. Le Protocole de Nagoya de 2010[22] précise, dans son préambule, leur « importance pour la sécurité alimentaire, la santé publique, la conservation

[21] Cette Déclaration a été adoptée lors du Sommet du Nouveau partenariat pour le développement de l'Afrique (NEPAD) sur « Des poissons pour tous », le 25 août 2005.

[22] Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relative à la Convention sur la diversité biologique a été adopté lors de la dixième réunion de la Conférence des États parties, le 29 octobre 2010, à Nagoya, au Japon, après six ans de négociations.

de la diversité biologique, et l'atténuation des changements climatiques et l'adaptation à ceux-ci ». L'importance des ressources génétiques justifie leur conservation afin de pallier les risques de leur disparition. Pour atteindre un tel objectif, il est indispensable que des moyens de protection à la fois juridiques et pratiques soient mis à la disposition des États africains afin qu'ils puissent prévenir et lutter efficacement contre ces risques.

2. Les moyens de protection

Les moyens juridiques (2.1) jouent un rôle important dans cette protection. Il en est de même des moyens pratiques (2.2), qui assurent une prévention au moyen de techniques visant à réduire les cas de pollution et, *a fortiori*, les problèmes liés à la disparition des ressources naturelles.

2.1. Les moyens juridiques

La mise en place d'une protection juridique contre les effets de la pollution liée au transport maritime passe par l'adoption d'instruments juridiques spécifiques, au moyen d'une quadruple approche globale, régionale, sous-régionale et nationale.

S'agissant des règles universelles, la CNUDM et la CDB, avec son protocole (Protocole de Nagoya), apportent des solutions globales aux problèmes liés à la disparition de la biodiversité et donnent aux États les armes juridiques leur permettant non seulement de les prévenir, mais aussi, le cas échéant, de s'appuyer sur un arsenal juridique efficace et susceptible de préserver les ressources biologiques affectées par les aléas du transport maritime[23].

Sur le plan régional, la Charte africaine du transport maritime révisée de 2010 innove par rapport à l'instrument initial de 1994, en consacrant un chapitre IX relatif à « la protection du milieu marin », qui débute par un article 28 portant sur « la protection et la préservation du milieu marin ». Même si rien n'est spécifiquement dit sur la préservation de la biodiversité marine, il s'agit d'un outil juridique mobilisable à cette fin. Beaucoup plus pragmatique, la Charte de Lomé propose des solutions juridiques ciblées, notamment sur la « protection des espèces biologiques, de la faune et de la flore marines » (article 26), la « gestion des risques de catastrophes maritimes » (article 29), ou encore la lutte contre « le déversement de déchets toxiques et dangereux » (article 27). Parallèlement, d'autres dispositifs régionaux, moins contraignants, tentent de juguler la menace que représente la pollution de l'environnement marin africain, tout en préservant la biodiversité marine[24].

[23] En effet, l'article 21 de la CNUDM autorise l'État côtier à prendre des mesures d'ordre législatif aux fins de conservation de ses ressources biologiques (d) et de préservation de l'environnement marin, de prévention, réduction et de maîtrise de sa pollution (f). En outre, l'article 10, a), de la Convention sur la biodiversité biologique dispose que « chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : intègre les considérations relatives à la conservation et à l'utilisation durable des ressources biologiques dans le processus décisionnel national ».

[24] On peut mentionner, par exemple, la Déclaration d'Abuja de 2005, qui prévoit de soutenir les mesures nationales visant à garantir l'utilisation durable ainsi que la protection des

À l'échelle sous-régionale également, des efforts ont été déployés pour élaborer des solutions juridiques, qu'elles soient contraignantes ou non. S'agissant des solutions contraignantes, il existe au sein de la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEMAC) un Code communautaire de la marine marchande (CCMM) adopté par les États membres. De même, les Conventions d'Abidjan[25] et de Nairobi[26] contiennent des dispositions favorables à la préservation de la biodiversité marine. S'agissant des solutions non contraignantes, il existe notamment la Stratégie maritime intégrée (SMI) de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)[27].

En ce qui concerne la législation nationale, de nombreux pays africains ont adopté des codes de la marine marchande, qui traitent de la prévention et de la répression des actes de pollution marine liés à la navigation maritime, à l'instar du Code togolais de la marine marchande[28]. Tous ces moyens juridiques sont indispensables. Ils n'en demeurent pas moins insuffisants, d'où la complémentarité des moyens pratiques.

2.2. Les moyens pratiques

Il existe d'autres moyens pouvant être mobilisés pour prévenir la pollution marine et protéger la biodiversité. Il s'agit d'outils pratiques mis à la disposition des États, qui leur permettent de renforcer la préservation de la biodiversité marine. À cet égard, les aires marines protégées (AMP) apparaissent comme « un outil privilégié de conservation de la biodiversité »[29]. Même si elles ne sont pas explicitement consacrées par la

ressources aquatiques vivantes de la région, ou encore la SAIM, qui prévoit également une « gestion (intégrée) du risque des catastrophes ». Cette mission, confiée à la Commission de l'UA, devrait permettre de prévenir les risques et d'atténuer considérablement leurs conséquences. Elle vise aussi à réprimer les « "crimes environnementaux" par la mise en place d'un mécanisme permettant de "détecter et de poursuivre les cas de déversement de déchets toxiques dans le domaine maritime africain" ». Cette Stratégie africaine prévoit, enfin, « la surveillance de l'environnement et de la biodiversité ».

[25] Il s'agit de la Convention relative à la coopération en matière de protection et de mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique de l'Ouest et du Centre. Elle a été adoptée à Yamoussoukro (Côte d'Ivoire) le 23 mars 1981 et est entrée en vigueur le 5 mai 1984.

[26] Il s'agit de la Convention pour la protection, la gestion et la mise en valeur du milieu marin et des zones côtières de la région de l'Afrique orientale. Elle a été adoptée à Nairobi (Kenya) le 21 juin 1985.

[27] Répondant aux engagements des États membres, la Stratégie maritime intégrée de la CEDEAO se fonde juridiquement sur son Traité révisé de 1993. Elle repose sur quatre principes : 1) la vitalité du domaine maritime pour les États membres ; 2) la nécessité d'une coopération et d'une coordination pour faire face aux défis ; 3) le respect des principes démocratiques comme fondement d'une bonne gouvernance maritime ; 4) le principe d'une double stratégie sécuritaire et non sécuritaire. Elle vise à instaurer un domaine prospère et sûr pour les États membres.

[28] Loi n° 2016-028 du 11 octobre 2016 portant Code de la marine marchande.

[29] Voir : P. RICARD, « Les aires marines protégées en haute mer et la difficile conciliation entre droit de la mer et droit de l'environnement », *in* P. CHAUMETTE (coord.), *Transforming the Ocean Law by Requirement of the Marine Environment Conservation / Le droit de l'océan transformé par l'exigence de conservation de l'environnement marin*, Nantes/Madrid, Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 2019, pp. 79-97 ; N. ROS, « La gouvernance des mers et des océans, entre mythes et réalités », *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 3, 2017, p. 802.

CNUDM, des dispositions implicites laissent penser que l'allusion de la Convention aux « zones particulières et clairement définies » permettant de lutter contre la pollution par les navires dans la ZEE[30] vise la mise en place de tels dispositifs. Beaucoup moins allusive et plus explicite, la Convention sur la diversité biologique de 1992 consacre, en son article 8, l'obligation pour les États parties de créer un « système de zones protégées ou de zones où des mesures spéciales doivent être prises pour conserver la diversité biologique ». L'inspiration internationale en matière de création d'AMP n'a pas épargné l'Afrique et a permis d'importer dans les eaux du continent des zones protégées et, par ricochet, les ressources qu'elles abritent[31]. C'est notamment le cas de la Convention d'Abidjan de 1981[32]. Cependant, on pourrait émettre, à raison, quelques réserves légitimes à propos de ces outils, dont certains sont mis en place à des fins parfois trop éloignées, voire détournées, des buts et objectifs initialement définis lors de leur création, laissant planer ainsi un doute sérieux quant aux finalités visées : s'agit-il vraiment, dans tous les cas, d'outils destinés à la protection de l'environnement marin ou ces outils visent-ils parfois la privatisation des mers et des océans[33] ?

Le développement des moyens pratiques s'est également étendu à la création de zones maritimes particulièrement vulnérables (*Particularly Sensitive Sea Areas* - PSSA)[34]. Une telle zone est définie comme « une zone qui, en raison de l'importance reconnue de ses caractéristiques écologiques, socio-économiques ou scientifiques et de son éventuelle vulnérabilité aux dommages causés par les activités des transports maritimes internationaux, devrait bénéficier d'une protection particulière, par le biais de mesures prises par l'OMI ». Toutefois, contrairement au précédent, cet outil n'est pas utilisé par les États africains, comme l'atteste la liste publiée par l'OMI[35].

---

[30] CNUDM, article 211.

[31] Voir J.-Y. WEIGEL, F. FERAL, B. CAZALET (dir.), *Les aires marines protégées d'Afrique de l'Ouest. Gouvernance et politiques publiques*, Perpignan, Presses Universitaires de Perpignan, 2007.

[32] La Convention d'Abidjan prévoit, en son article 11 consacré aux « zones spécialement protégées », que les « Parties contractantes prennent, individuellement ou conjointement, selon le cas, toutes les mesures appropriées pour protéger et préserver les écosystèmes singuliers ou fragiles ainsi que l'habitat des espèces et autres formes de vie marine appauvries, menacées ou en voie de disparition. À cet effet, les Parties contractantes s'efforcent d'établir des zones protégées ».

[33] Voir : N. ROS, « La privatisation des mers et des océans : du mythe à la réalité », *in* P. CHAUMETTE (coord.), *Transforming the Ocean Law (…)*, *op. cit*., pp. 169-187 ; Nathalie ROS, « Modern Law of the Sea: From Governance to Privatization », *Waseda Bulletin of Comparative Law*, vol. 37, pp. 11-34 ; N. ROS, « De l'appropriation publique à la privatisation des espaces maritimes et de leurs ressources », *Annuaire français des relations internationales*, vol. 21, 2020, pp. 615-628.

[34] En effet, c'est à l'occasion de sa dixième session que l'Assemblée générale de l'OMI a adopté sa Résolution A.720(17) portant sur les Directives pour l'identification et la désignation des zones maritimes particulièrement vulnérables. Elles ont été révisées en 2005, lors de la vingt-quatrième session, par la Résolution A.982(24).

[35] La liste des zones maritimes particulièrement vulnérables (PSSA), approuvées par l'Organisation maritime internationale et consultable sur son site officiel, ne mentionne aucune zone située sur le continent africain (https://www.imo.org/fr/ourwork/environment/pages/pssas.aspx).

En tout état de cause, l'efficacité de la protection de l'environnement marin dépend d'une mise en œuvre efficace de ces outils, au risque d'engager la responsabilité des acteurs impliqués.

II.- L'efficacité de la protection de l'environnement marin dans le cadre du transport maritime

Les données de l'étude témoignent d'une efficacité limitée de la protection de l'environnement marin (A), en raison des lacunes juridiques et de l'insuffisance des moyens. Cependant, l'existence d'un système de responsabilité des acteurs concernés pourrait renforcer cette efficacité (B).

A.- Une efficacité limitée en termes de protection de l'environnement marin

L'existence de limites dans la protection de l'environnement illustre l'effondrement du paravent constitué par les moyens mis en œuvre. De fait, il existe non seulement une efficacité limitée par l'insuffisance des moyens de lutte (1), mais aussi une inefficacité liée à l'insuffisance des dispositions juridiques (2).

1. Une efficacité limitée par l'insuffisance des moyens de lutte

Les difficultés liées au contrôle des substances nocives (1.1) constituent l'une des principales limites endogènes à la protection de l'environnement marin dans le transport maritime en Afrique. Il existe également des difficultés d'accès à des informations fiables (1.2).

1.1. Les difficultés du contrôle des substances nocives

Il est théoriquement évident que l'application des mesures internationales dépend de la facilité ou de la difficulté qu'ont les acteurs étatiques à mettre en œuvre les dispositions relatives au contrôle des substances nocives. Un tel contrôle peut ainsi varier en termes d'efficacité selon qu'il s'agisse de faits survenus dans les eaux africaines ou à bord de navires battant pavillon d'un État africain. Si les États africains peuvent plus ou moins disposer facilement de moyens de contrôle dans leurs ports respectifs, ils auront plus de difficultés à contrôler les navires battant leur pavillon, surtout lorsqu'ils se retrouveront dans les eaux internationales.

S'agissant particulièrement des émissions nocives, l'annexe III à la Convention MARPOL, portant sur les règles relatives à la prévention de la pollution par les substances nuisibles transportées par mer en colis (entrée en vigueur en 1992), contient des dispositions favorables à l'établissement de normes en matière d'emballage, de marquage, d'étiquetage, de documents, d'arrimage et de limites quantitatives. De même, l'annexe VI de la Convention MARPOL, qui traite de la prévention de la pollution atmosphérique par les navires (entrée en vigueur en 2005), définit les limites aux émissions d'oxyde de soufre et d'oxyde d'azote provenant des gaz d'échappement des navires. C'est peu dire que l'application et le respect de ces règles seront quelque peu difficiles pour les États africains, dans la mesure où ces contrôles nécessitent non seulement des moyens technologiques, mais

aussi une main-d'œuvre efficace. De plus, le fléau de la corruption dans certains pays d'Afrique complique la mise en œuvre effective de ces règles, mettant ainsi en lumière l'exigence de la bonne gouvernance comme l'un des fondements de la réussite et du développement socio-économique du continent.

Par ailleurs, les États africains ont adopté, le 30 juin 1991, la Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux, ainsi que sur le contrôle des mouvements transfrontaliers et la gestion des déchets dangereux produits sur le continent. Malgré son entrée en vigueur en 1998, l'importation de déchets en Afrique demeure fréquente, ce qui laisse supposer des lacunes dans le contrôle effectif. Le choix du thème « Des décisions à l'action » pour la troisième Conférence des États parties à cette Convention, tenue à Brazzaville du 12 au 14 février 2020, est, à cet égard, révélateur. Il convient toutefois de noter que des difficultés d'accès à une information fiable peuvent également constituer un obstacle.

1.2. Les difficultés d'accès aux informations fiables

La fiabilité des informations est un facteur essentiel du transport maritime. Il est indispensable que les informations communiquées par les armateurs, les propriétaires ou encore les affréteurs des navires soient contrôlables efficacement par l'administration de l'État du pavillon, notamment lors de l'immatriculation, afin de vérifier la dangerosité du navire. De même, les communications du capitaine doivent pouvoir être tout aussi vérifiables par l'État du port lorsqu'un navire demande, par exemple, à entrer dans les eaux africaines, afin que l'administration portuaire puisse apprécier les risques réels ou éventuels auxquels elle s'expose en autorisant l'entrée de ce navire dans son port.

L'absence de moyens efficaces de contrôle des informations pourrait compromettre sérieusement la gestion et l'administration efficientes des navires sous pavillon d'États africains ou étrangers, ainsi que le contrôle de leurs zones maritimes. La mise en œuvre difficile des règles du Code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires (Code ISPS) ou encore celles du Code international de gestion pour la sécurité de l'exploitation des navires et la prévention de la pollution (Code ISM)[36] témoigne des contraintes qui pèsent sur les administrations maritimes et

[36] Entré en vigueur en 2004, le Code ISPS (*International Ship and Port Facility Security*) est une conséquence des mesures de sûreté adoptées en 2002 à la suite des attentats du 11 septembre 2001, et comprend plusieurs amendements à la Convention pour la sauvegarde de la vie en mer (Convention SOLAS). Il contient, dans une section obligatoire (partie A), des prescriptions détaillées relatives à la sûreté à l'intention des gouvernements, des autorités portuaires et des compagnies de navigation et, dans une section non obligatoire (partie B), une série de recommandations sur la manière de satisfaire à ces prescriptions. Beaucoup plus ancien, le Code international de gestion pour la sécurité de l'exploitation des navires et la prévention de la pollution (Code ISM) a été adopté en 1993, avant d'être rendu obligatoire en 1998. Il fait suite aux Directives de l'OMI sur la gestion pour la sécurité de l'exploitation des navires et la prévention de la pollution, adoptées par la Résolution A.647(16) de 1989. Voir le site de l'OMI : https://www.imo.org/.

portuaires en Afrique et révèle ainsi les difficultés probables à disposer d'informations fiables.

Par ailleurs, le manque d'efficacité peut être lié à l'ineffectivité de certaines dispositions juridiques.

2. Une inefficacité liée à l'ineffectivité des dispositions juridiques

Il existe d'autres difficultés, de nature différente de celles des précédentes, qui concernent l'effectivité même des dispositions juridiques. Or, l'acquisition de la force de droit par une règle internationale constitue la première étape vers son effectivité. La difficile entrée en vigueur de certaines dispositions régionales (2.1) et l'absence d'organes de contrôle (2.2) illustrent cette inefficacité.

2.1. La difficile entrée en vigueur de dispositions régionales

En droit international, l'entrée en vigueur des règles consenties constitue l'une des opérations essentielles qui matérialisent la production des effets juridiques. Si l'entrée en vigueur des engagements bilatéraux peut se manifester simplement par leur signature (accord en forme simplifiée), celle des engagements multinationaux est beaucoup plus complexe[37]. En effet, elle se manifeste bien souvent par le dépôt des instruments de ratification, dont le nombre est généralement prédéfini par la convention concernée. Or, les deux principaux textes régionaux susceptibles de favoriser une lutte efficace contre la pollution marine ne sont toujours pas entrés en vigueur. D'abord, le nouvel instrument relatif au transport maritime en Afrique, issu de la révision du 26 juillet 2010, n'est pas encore applicable[38]. De même, la Charte de Lomé de 2016, censée révolutionner la sûreté et la sécurité maritimes sur le continent, n'a été ratifiée que par trois États sur les 55 qui le composent[39]. Or, la plupart des textes régionaux conditionnent leur entrée en vigueur à la ratification par seulement 15 États[40]. Ce nombre, qui peut sembler à la fois raisonnable et facile à atteindre *a priori* au regard du nombre total d'États présents sur un continent et aspirant à une politique maritime intégrée, reste difficilement atteignable dans bien des cas.

La difficile entrée en vigueur de dispositions pourtant indispensables à la lutte contre la pollution marine due aux transports maritimes s'avère finalement l'une des principales limites à l'effectivité du droit régional

---

[37] D. ALLAND, *Le droit international public*, Paris, PUF, 5e éd., 2014, p. 124.

[38] Selon les informations disponibles sur le site de l'Union africaine, actualisées au 25 avril 2026, la Charte africaine du transport maritime révisée a été signée par 25 États et ratifiée par 12 d'entre eux sur les 55 États membres de l'organisation régionale (https://au.int/sites/default/files/treaties/7797-sl-REVISED_AFRICAN_MARITIME_TRANSPORT_CHARTER.pdf).

[39] Source : site de l'Union africaine, au 25 avril 2026 (https://au.int/sites/default/files/treaties/37286-sl-AFRICAN_CHARTER_ON_MARITIME_SECURITY_AND_SAFETY_AND_DEVELOPMENT_IN_AFRICA_LOME_CHARTER.pdf).

[40] Les articles 49 de la Charte africaine du transport maritime révisée et 50 de la Charte de Lomé disposent tous deux que le texte entre en vigueur 30 jours après le dépôt du 15e instrument de ratification.

africain. Aussi cette limite est-elle doublée d'un manque de moyens de contrôle.

2.2. Une effectivité limitée par l'absence d'organes de contrôle

L'existence d'un organe de contrôle efficace peut contribuer au renforcement de l'effectivité des dispositions conventionnelles. La Charte de Lomé prévoit, à cet égard, en son article 7, § 2, que chaque « État partie met[te] en place une structure nationale de coordination et un centre de sensibilisation aux questions maritimes visant à coordonner les actions de sauvegarde et de renforcement de la sûreté et de la sécurité maritimes ». Au-delà de l'organe national, l'article 41, § 1, de la Charte de Lomé prévoit encore l'institution d'un « Comité des États Parties composé de quinze (15) États membres chargé de surveiller la mise en œuvre de la Charte et de recommander des actions pour son suivi ». Cet organe, composé de ministres en charge des affaires maritimes, apparaît plutôt comme un organe politique que technique. De fait, la politisation des actions de l'État en mer en Afrique pourrait constituer un véritable frein à la mise en œuvre effective des règles régionales. Ainsi, parfois, les organes prévus dans les textes n'existent pas et, lorsqu'ils existent, ils sont détournés de leur mission initiale.

Le manque de volonté politique des gouvernants africains de donner force juridique aux règles contraste singulièrement avec la rigueur formelle apparente des missions fort louables qu'ils entendent assumer au travers des dispositions contenues aussi bien dans la Charte de Lomé que dans la Charte africaine du transport maritime révisée. Le droit de la responsabilité des acteurs permet de pallier ces manquements, dans la mesure où, face à la faiblesse des organes de contrôle, le rôle du juge devient essentiel.

B.- La responsabilité des acteurs, facteur d'efficacité

Il s'agit d'analyser à la fois la responsabilité des personnes privées (1) et celle de l'État (2).

1. La responsabilité des personnes privées

L'armement[41] du navire à des fins commerciales peut entraîner des conséquences juridiques contraignant les personnes concernées à répondre de leurs actes. C'est notamment le cas de la responsabilité de l'armateur et/ou du propriétaire du navire (1.2). C'est également le cas du capitaine du navire (1.1).

1.1. La responsabilité du capitaine

Le capitaine est, avant tout, « un professionnel de la navigation maritime désigné par l'armateur pour assurer la conduite du navire »[42].

[41] Selon Philippe Delebecque, le terme « armement » peut avoir trois significations : la collectivité des armateurs, l'opération consistant à équiper un navire et à le mettre en état de prendre la mer, ou l'ensemble des opérations qui constituent l'exploitation du navire (*Droit maritime*, *op. cit*., p. 307). Nous l'utilisons ici au sens de cette dernière acception.
[42] CCMM, article 374.

Considéré comme l'incarnation de l'autorité sous la conduite de laquelle les membres de l'équipage travaillent[43], le capitaine doit pouvoir répondre de ses actes lorsqu'il commet « des fautes dans l'exercice de ses fonctions »[44]. La question de la responsabilité du capitaine est au cœur du système de transport maritime, dans la mesure où il constitue le premier point de contact en cas d'atteintes accidentelles à l'environnement marin. En fonction des législations nationales en vigueur dans les États africains, le capitaine a des obligations, dont certaines contribuent directement à la protection de l'environnement et lui permettent de prévenir ou d'éviter la pollution marine. Cependant, la nouvelle Convention de 1992 sur la responsabilité civile (CLC) prévoit, en son article 3, § 4, a), qu'« aucune demande de réparation de dommage par pollution, qu'elle soit ou non fondée sur la présente Convention, ne peut être introduite contre les préposés ou mandataires du propriétaire ou les membres de l'équipage ». Il est évident que l'établissement de la responsabilité du capitaine n'emporte pas nécessairement la réparation directe, de sa part, du dommage pourtant causé par son fait. De plus, la responsabilité du capitaine peut être simplement contractuelle en cas de non-respect d'une disposition du contrat liant le capitaine à l'armateur. De ce point de vue, elle apparaît comme une épée de Damoclès au-dessus de la tête du capitaine, qui est obligé de respecter la feuille de route, qui contient des mesures de sécurité indispensables à une navigation sûre. La responsabilité du capitaine peut également être pénale lorsque les dispositions du code pénal sont violées, notamment en matière d'obligation d'assistance maritime, dans la mesure où sa violation s'apparente au principe de non-assistance à personne en danger, tel que prévu dans la plupart des codes pénaux. Bien que sa responsabilité soit un facteur d'efficacité, le capitaine semble beaucoup moins responsable que l'armateur qui répond des dégâts liés à la navigation.

1.2. La responsabilité de l'armateur et/ou du propriétaire du navire

Considéré comme l'une des personnes importantes du circuit maritime en raison du rôle qu'il est appelé à jouer[45], l'armateur est défini comme « toute personne physique ou morale pour le compte de laquelle un navire est armé, exploité ou simplement utilisé »[46]. Bien que difficile à conceptualiser juridiquement[47], la notion d'armateur a beaucoup évolué[48].

Les circonstances dans lesquelles la responsabilité de l'armateur peut être engagée sont nombreuses. Elles peuvent concerner, par exemple, des dommages causés à des tiers lors de l'exploitation du navire, des atteintes aux ouvrages portuaires résultant d'une fausse manœuvre, ou encore des accidents survenus en mer[49]. En effet, l'armateur est civilement responsable des dommages qu'il cause directement aux tiers pour faute personnelle, aux

[43] *Ibid*., article 383.
[44] *Ibid*., article 374.
[45] A. VIALLARD, *Droit maritime*, Paris, PUF, 1977, p. 155.
[46] É. DIBAS-FRANCK (dir.), *Le Code communautaire CEMAC de la marine marchande de 2012*, Paris, L'Harmattan, p. 99.
[47] Voir I. CORBIER, *La notion juridique de l'armateur*, Paris, PUF, 1999.
[48] É. DIBAS-FRANCK (dir.), *Le Code communautaire CEMAC de la marine marchande de 2012*, *op. cit*., p. 99.
[49] Ph. DELEBECQUE, *Droit maritime*, *op. cit*., p. 601.

cocontractants pour manquement aux obligations contractuelles, ou encore en tant que gardien du navire. De même, il peut être pénalement responsable lorsqu'il commet des infractions pénales, de droit commun comme de droit maritime. Cependant, il convient de noter que la responsabilité de l'armateur peut être limitée[50], sans pour autant constituer une reconnaissance de sa responsabilité[51]. En effet, en droit – y compris en droit maritime –, le principal critère de rattachement de la responsabilité est généralement subjectif et repose sur la commission d'une faute personnelle. Il existe toutefois des cas de responsabilité dite « objective », dans lesquels l'auteur de l'infraction n'est pas directement mis en cause. C'est précisément le cas de l'armateur, qui peut engager sa responsabilité à titre subjectif dans certains cas et à titre objectif dans d'autres. En pratique, toutefois, les textes visent plus fréquemment la responsabilité du propriétaire du navire[52]. De ce point de vue, la Convention de Bruxelles de 1957 sur la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires, ou la Convention de Londres de 1976 sur la limitation des créances maritimes (LLMC), en est une parfaite illustration. De plus, s'agissant particulièrement de la pollution par les hydrocarbures, on pourrait citer les deux Conventions de 1992. Alors que la première concerne la responsabilité civile du propriétaire du navire pour les dommages causés par la pollution (CLC), c'est-à-dire une responsabilité objective, la seconde prévoit la constitution d'un fonds international complémentaire (FIPOL) au cas où l'indemnité prévue par la CLC serait insuffisante ou ne pourrait être obtenue. Dans les deux cas de responsabilité objective de l'armateur ou du propriétaire, aucune preuve d'un comportement fautif de l'un ou de l'autre n'est requise, le risque étant suffisant. À cet égard, la théorie du risque vient pallier l'incomplétude de la théorie classique de la faute pour répondre aux problèmes nouveaux que pose le transport maritime d'hydrocarbures et de substances nocives, mais surtout pour éviter que les victimes ne se retrouvent sans réparation du préjudice qu'elles ont subi.

Face aux limites inhérentes aux systèmes de responsabilité des personnes privées, notamment en matière de mise en œuvre de la responsabilité de l'armateur ou du capitaine, la possibilité de demander des comptes à l'État revêt une importance particulière.

2. La responsabilité de l'État

Le rôle crucial de l'État en mer légitime la possibilité d'engager sa responsabilité, dans la mesure où cela pourrait constituer la contrepartie des

[50] Cette limitation de responsabilité trouve son origine dans le droit maritime français. Elle découle de l'article 16 du Code de commerce, selon lequel : « [t]out propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition. La responsabilité cesse par l'abandon du navire et du fret ». Plus explicite encore, la loi du 15 juin 1841 qui en découle précise que, bien que tout propriétaire soit responsable des faits du capitaine et tenu aux engagements contractés par celui-ci, « il peut dans tous les cas s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret ».

[51] É. DIBAS-FRANCK, (dir.), *Le Code communautaire CEMAC de la marine marchande de 2012*, *op. cit*., p. 110.

[52] Voir M. RIMABOSCHI, *L'unification du droit maritime. Contribution à la construction d'un ordre juridique maritime*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

pouvoirs sans cesse croissants qu'il est amené à exercer, notamment dans le cadre d'interdictions maritimes. Une telle hypothèse permettrait, par ailleurs, de renforcer la préservation de l'environnement marin[53] lors des activités de transport maritime. L'État du pavillon (2.1) et l'État du port (2.2) sont au cœur de la question de la responsabilité de l'État en matière de transport maritime.

2.1. L'État du pavillon

Consacrée à la partie XII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (CNUDM), la « Protection et la préservation du milieu marin » occupe une place centrale parmi les obligations d'ordre général que cet instrument met à la charge des États parties. Certes, ils « ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin » (article 192 CNUDM), mais, s'agissant particulièrement de la pollution par les navires, l'État du pavillon doit prendre des « mesures visant à prévenir les accidents et à faire face aux cas d'urgence, à assurer la sécurité des opérations en mer, à prévenir les rejets, qu'ils soient intentionnels ou non » (article 194, § 3, b)). De plus, l'article 217 de la CNUDM dispose que les États veillent à ce que les navires battant leur pavillon ou immatriculés par eux respectent les règles et normes internationales applicables, établies par l'intermédiaire de l'organisation internationale compétente, ainsi que les lois et règlements qu'ils ont adoptés conformément à la Convention, afin de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin. Enfin, l'article 94, § 3, de la CNUDM prévoit que « [t]out État prend à l'égard des navires battant son pavillon les mesures nécessaires pour assurer la sécurité en mer ». L'État du pavillon peut ainsi engager sa responsabilité sur le plan international en cas de manquement à ses obligations, au moyen des mécanismes de la responsabilité internationale, tels que prévus par le Projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il peut également être poursuivi sur le plan interne en cas de manquement aux dispositions en vigueur du Code de la marine marchande. Cependant, il existe très peu de contentieux sur ces questions, alors même que la plupart des États africains se sont approprié l'essentiel des obligations consacrées à la partie XII.

Au-delà de l'État du pavillon, la responsabilité de l'État du port est également essentielle à l'effectivité des règles relatives au transport maritime.

2.2. L'État du port et l'État côtier

Les obligations de l'État du port, prévues par la CNUDM, consacrent des règles de protection de l'environnement marin. En effet, l'article 219 de la CNUDM relatif aux « mesures de contrôle de la navigabilité visant à éviter la pollution » dispose qu'à leur initiative ou sur demande, les États, lorsqu'ils ont déterminé « qu'un navire se trouvant dans un de leurs ports (…) a enfreint les règles et normes internationales applicables concernant la navigabilité des navires et risque de ce fait de causer des dommages au milieu marin, prennent, autant que faire se peut, des mesures administratives pour empêcher ce navire d'appareiller ». Sur le plan régional, la Charte africaine du transport maritime

[53] Voir K. NERI, « La responsabilité de l'État dans le cadre des opérations d'interdiction maritime », *in* E. D. PAPASTAVRIDIS, K. K. TRAPP (dir.), *La criminalité en mer / Crimes at Sea*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 557-608.

révisée prévoit que les États parties prennent les mesures nécessaires pour assurer le bon fonctionnement des installations portuaires de réception et limiter tout impact lié à la pollution du milieu marin (article 29, § 2). De même, la Charte de Lomé prévoit que chaque partie « assure ses responsabilités d'État côtier et d'État du port dans sa zone de juridiction en vue d'assurer la protection du milieu marin contre la pollution » (article 15, § c)). C'est peu dire que les responsabilités de l'État du port se confondent parfois avec celles de l'État côtier.

À cet égard, les États africains ne sont pas indifférents aux préoccupations environnementales dans leurs espaces maritimes et n'hésitent pas à le rappeler devant les juridictions internationales. Ainsi, dans l'affaire du « *Navire G* » portée devant le Tribunal international du droit de la mer, la Guinée-Bissau avait soutenu que « [l]e principe de précaution, en droit de l'environnement, oblige les États côtiers à prendre toutes les mesures appropriées pour éviter le moindre risque pour l'environnement, par exemple dans le cas d'un pétrolier navigant dans la ZEE »[54], avant d'ajouter « [à] propos des droits à acquitter pour obtenir l'autorisation de soutage dans sa zone économique exclusive, (…) qu'ils visent uniquement à préserver l'environnement et que les recettes ainsi obtenues servent exclusivement à financer les politiques de lutte contre la pollution marine »[55].

Parallèlement aux textes conventionnels, d'autres instruments moins contraignants existent et sont généralement le fruit d'une entente entre les États concernés sur les bonnes pratiques portuaires. Il s'agit, par exemple, du Mémorandum d'entente d'Abuja[56] destiné à certains États d'Afrique de l'Ouest et du Centre, ou du Mémorandum d'entente pour l'océan Indien, grâce auxquels d'autres États africains parviennent à contrôler leurs ports et à préserver les zones nationales de la pollution issue du transport maritime.

En définitive, l'étude du transport maritime en Afrique sous l'angle de la protection de l'environnement marin met en évidence une double transversalité : d'une part, la multiplicité des acteurs impliqués ; d'autre part, la diversité des régimes juridiques applicables. Cette complexité témoigne du caractère nécessairement multidimensionnel de la gouvernance environnementale du transport maritime.

Par ailleurs, le développement de l'économie bleue sur le continent demeure étroitement tributaire de la mise en place d'un transport maritime durable, conciliant les impératifs de compétitivité économique et les exigences de préservation du milieu marin. Dans cette perspective, une réflexion s'impose sur l'apport qu'une politique cohérente de développement des compagnies maritimes africaines, conjuguée à un renforcement des capacités humaines, pourrait apporter à l'émergence d'un secteur maritime

[54] TIDM, *Navire « Virginia G » (Panama c. Guinée-Bissau)*, arrêt du 14 avril 2014, Recueil 2014, p. 64, § 197.
[55] *Ibid*., p. 64, § 201.
[56] Le Mémorandum d'entente sur le contrôle par l'État du port dans la région de l'Afrique de l'Ouest et du Centre, connu sous le nom de Mémorandum d'Abuja, a été signé à Abuja, capitale du Nigeria, le 22 octobre 1999, par 16 États (Afrique du Sud, Benin, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gabon, Gambie, Ghana, Guinée, Libéria, Mauritanie, Namibie, Nigeria, République du Congo, Sierra Léone, Sénégal, Togo).

plus performant, plus autonome et plus respectueux de l'environnement. Une telle évolution constituerait un levier essentiel pour assurer un essor durable de l'économie bleue en Afrique.

PARTIE II.- GOUVERNANCE ENVIRONNEMENTALE, SOCIÉTÉ CIVILE ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN AFRIQUE

RÉFLEXIONS SUR L'IMPLICATION REMARQUÉE DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES DANS LES NÉGOCIATIONS DE CONVENTIONS ENVIRONNEMENTALES

Patrice TALLA TAKOUKAM

Coordinateur sous-régional pour l'Afrique australe auprès du Bureau régional de l'Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture (FAO)[*]

Au cours des dernières décennies, les organisations non gouvernementales (ONG) ont participé activement aux négociations de plusieurs conventions internationales de protection de l'environnement, telles que la convention sur la couche d'ozone et la convention sur les changements climatiques. Cependant, leurs interventions – comme celles des groupes de pression des industries, par exemple – tendaient autant à renforcer les structures de négociation qu'à faciliter le rapprochement des positions divergentes des différentes coalitions. Les ONG, elles-mêmes souvent divisées sur les positions défendues par les États, se retrouvaient parfois aux côtés de ceux-ci au sein de coalitions. L'examen de la négociation des conventions sur la couche d'ozone et sur les changements climatiques montre que les ONG ont toujours cherché à peser sur le contenu de ces conventions et à obliger les États au respect de leurs engagements.

Il est important de renforcer cette participation des ONG, particulièrement dans les pays en développement où elles représentent très souvent des couches de la société qui n'ont pas toujours la possibilité de participer aux processus de décision. Il faudrait soutenir ces ONG, non seulement dans l'assistance qu'elles apportent aux gouvernements, mais également dans leur participation aux négociations des instruments juridiques internationaux. Cette participation effective passe par la formation, l'acquisition des compétences en droit international de l'environnement. Cette formation peut être assurée autant dans les institutions universitaires que dans des structures locales et régionales encadrées par les ONG qui justifient d'une expérience considérable.

Le renforcement du système de l'Organisation des Nations Unies (ONU) en tant qu'instrument de développement durable passe aussi par la promotion de l'intégration et de la participation des ONG et de la société civile internationale en général aux instances de décision. Les institutions

[*] Les idées exprimées dans cet article n'engagent pas l'organisation pour laquelle l'auteur travaille.

internationales devraient définir des modalités adéquates pour assurer l'activité normative des ONG, tout en reconnaissant l'impact qu'elles peuvent avoir sur l'orientation des normes environnementales élaborées, ce qui va nous amener à explorer trois axes : l'orientation des normes (I), les implications juridiques de la participation des ONG (II) et la pratique de la démocratie participative (III).

I.- Appréciation relative à l'orientation des normes environnementales

On peut affirmer que les travaux effectués par les ONG dans l'élaboration des normes ont une importance certaine. Cette importance est attestée par le statut consultatif dont elles jouissent auprès de l'Organisation des Nations Unies (ONU) et de ses institutions spécialisées. Les ONG complètent et amplifient l'action des institutions nationales et internationales par l'utilisation de leurs ressources en experts juridiquement qualifiés. Par leurs actions, elles assurent une meilleure représentation et une défense efficace des intérêts des peuples. Ce succès a pour conséquence directe de provoquer une réorientation du contenu des règles juridiques internationales. L'apparition des ONG dans la sphère juridique internationale a eu pour effet direct de remettre en cause la position confortable des États comme seuls initiateurs des normes internationales. Elles se substituent même aux États pour défendre les intérêts qui correspondent aux objectifs pour lesquels elles sont créées. Cette tentative des ONG à agir dans le domaine classique des sujets primaires de droit international a des impacts sur les structures de la société internationale ; elle crée de nouveaux horizons à la coopération internationale. Elle apporte également un nouvel élément à la vision du droit international dans son ensemble ; la priorité étant accordée à la personne humaine comme destinataire principal du droit.

A.- La mutation des fonctions des ONG

La mutation contemporaine du droit international est marquée par la diversification des activités des acteurs internationaux, notamment celles des ONG qui jouent un rôle de plus en plus accru dans la formation des normes internationales. Les ONG prennent une part active aux mutations de l'ordre juridique international parce que celui-ci a évolué d'un droit de la coexistence à celui de la coopération[1]. La coopération suppose qu'il y a plusieurs acteurs qui défendent des intérêts multiples, et dans ce cadre, la prise en compte des ONG s'impose d'elle-même, eu égard à leurs actions internationales. Les valeurs que défendent les ONG vont au-delà des préoccupations catégorielles et régionales des États. Elles défendent des valeurs universelles. Leurs revendications couvrent les droits fondamentaux des peuples et de l'humanité, dont le droit à un environnement sain consacré par la Déclaration de Stockholm.

[1] Voir M.-Cl. SMOUTS, « La coopération internationale : de la coexistence à la gouvernance mondiale », *in* M.-Cl. SMOUTS (dir.), *Les nouvelles relations internationales : pratiques et théories*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, pp. 135-160.

Le champ privilégié de l'activité normative des ONG est celui de la coopération, parce que le droit international ne concerne pas seulement les rapports entre les États, mais vise également l'amélioration de la condition de l'individu dans la société internationale. Cette activité normative des ONG, « vu son adéquation aux objectifs que s'assignent les États et les OIG [organisations intergouvernementales] devient indispensable au fonctionnement et à l'efficacité des organisations internationales de coopération »[2].

Compte tenu de l'ampleur que prend l'intervention des ONG dans l'élaboration des normes environnementales, on est poussé à se demander si cela leur octroie dans une certaine mesure des attributs de la personnalité juridique internationale. Cette question concerne particulièrement l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) qui dispose d'un statut hybride, parce qu'elle comprend comme membres, des États, des OIG et des individus. Le professeur Pierre-Marie Dupuy[3] pense que, d'un point de vue matériel, la question est de savoir comment adapter les conditions de participation des ONG au travail des institutions intergouvernementales, en s'assurant ainsi de leur représentativité et de la fiabilité des informations qu'elles fournissent. D'un point de vue juridique, il s'agit de déterminer les obligations et d'étendre les droits des ONG, tout en veillant à ne pas les enfermer dans un carcan juridique.

Cette question de la personnalité internationale des ONG vient à l'encontre de la volonté des États de garder le monopole de toute initiative juridique sur le plan international. Mais, il est indéniable que cette poussée des ONG a des incidences sur la conception du droit international.

B.- L'évolution substantielle de la conception du droit : retour au droit des gens

L'intervention des ONG dans l'élaboration des normes relatives à la protection des droits fondamentaux de l'Homme et de la nature a provoqué une diversification des buts du droit international. Le droit international a été conçu à l'origine comme un système devant assurer, principalement, la coexistence pacifique entre les États, entités empiriques. Cette conception restrictive du droit international a très vite montré ses limites, devant la montée des problèmes qui ignorent les frontières étatiques et qui touchent directement à la survie des peuples et des espèces animales et végétales. La lenteur manifeste des États et du droit international à y remédier a favorisé l'investissement de ces questions par des entités indépendantes. C'est à ce moment qu'apparaissent les ONG qui se proclament défenderesses de la conscience universelle et soucieuses de l'élargissement du droit à la réalisation du droit des peuples, de la personne humaine et de l'individu.

Cette immixtion des ONG dans la sphère réservée des États n'a pas seulement pour objectif de promouvoir une humanisation des normes internationales, mais aussi d'en faire une source de contrainte pour les États.

---

[2] M. BETTATI, P.-M. DUPUY, *Les ONG et le droit international*, Paris, Economica, 1986, p. 24.
[3] *Idem.*

Malgré le caractère formel du droit international et l'absence d'une autorité universelle ayant force de police, il faut arriver à faire appliquer les normes qui sont signées souverainement par les États. Les ONG se heurtent, naturellement, au principe de souveraineté et à la règle de non-ingérence, mais ce qui est indispensable c'est d'établir un dialogue entre celles-ci et les États, au même titre que la coopération entre les OIG et les ONG. Le processus de négociation des conventions internationales, notamment celles dont les ONG ont été à l'origine ou pour lesquelles elles ont créé les conditions nécessaires, illustre la complémentarité de leurs actions respectives. Les États ont besoin des ONG pour réaliser leurs objectifs au sein des institutions de coopération, et les ONG ont besoin des États et des OIG dans la promotion du droit, parce que ceux-ci disposent des potentialités humaines et matérielles. La contribution des ONG à la formation des normes internationales revient, en définitive, à replacer l'Homme au centre du système juridique international, à en faire véritablement un droit des gens. Pour cela, elles doivent se confronter aux États, autant dans l'élaboration que dans la mise en œuvre des normes.

Pour la simple raison qu'elles participent, de plus en plus activement, à l'élaboration des normes, les ONG sont très vigilantes dans la mise en œuvre de celles-ci. Elles exercent ce travail de vigilance à la base en recueillant des informations auprès des populations destinataires de ces normes ; cela leur permet de s'assurer qu'elles sont respectées. Cette action est possible grâce à leur réseau international et aux contacts qu'elles entretiennent avec diverses associations nationales compétentes dans les domaines d'activités dans lesquels elles s'investissent. Cette implantation internationale des ONG renforce leur position dans le fonctionnement des institutions internationales de coopération. C'est le prolongement normal des effets de leur association à la préparation des projets normatifs qui sont ensuite soumis à la négociation internationale. Ce contrôle matériel peut également se faire par des actions concrètes sur le terrain, c'est le cas, par exemple de l'ONG Greenpeace qui envoie ses militants sur les crêtes des océans pour s'assurer du respect, par certains États, des règles relatives à l'interdiction d'immersion de produits ou de déchets dangereux.

En dehors du contrôle matériel, il existe une autre forme de contrôle exercé par les ONG : c'est le contrôle administratif. Ce type de contrôle est réalisé lorsque ladite organisation participe au fonctionnement des organes mis en place pour mettre en œuvre la norme. L'UICN a assuré une telle responsabilité en abritant, sur demande du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), le Secrétariat de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES) jusqu'en 1984, comme celui de la Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale. Cette position est difficile à assumer, car l'organisation est présente dans les instances de suivi de la convention tout en devant rester vigilante quant à son application par les États, ce qui peut créer des frictions dans leurs relations avec eux.

Les ONG représentent, aujourd'hui, des acteurs indispensables, d'autant que leurs objectifs correspondent à ceux poursuivis par les États et les OIG. Leur importance est destinée à s'accroître, en raison d'un ensemble de facteurs comme la complexité de l'époque contemporaine et les problèmes de plus en plus transversaux auxquels l'humanité tout entière doit faire face. On serait en droit d'affirmer que sous certains aspects, l'œuvre des ONG pourrait être comparée à l'exercice privé des fonctions publiques, figure juridique bien connue dans l'ordre juridique interne des États.

II.- Implications juridiques de la participation des ONG à l'opération normative

L'article 71 de la Charte des Nations Unies a été le point de départ de la participation des ONG aux instances internationales, cet article autorisant leur consultation dans les domaines relevant de leur compétence. Cependant, ce statut consultatif n'implique pas leur reconnaissance comme sujets de droit international : il ne leur confère aucune personnalité juridique internationale susceptible d'être invoquée à l'égard de tiers ou d'États membres de l'ONU. Le fait d'être admis au statut consultatif ne garantit pas aux ONG qu'elles puissent exercer librement leurs activités sur le territoire de tel ou tel État. Les ONG mènent une existence précaire parce qu'elles sont placées dans une situation ambiguë, entre la capacité juridique nationale qui leur est conférée par l'État sur le territoire duquel elles ont établi leur siège et leur vocation à exercer une activité transfrontière.

Après une longue période de collaboration avec les instances gouvernementales, la question du statut international des ONG reste assez ouverte et demeure une faille de l'ordre juridique international. De fait, on ne peut nier l'ensemble des activités qu'elles exercent sur le plan international, cela interroge le droit international sur certains points de son fondement, notamment la question de la personnalité juridique internationale, la reconnaissance comme sujet de droit international, et l'émergence de la notion d'humanité. L'ordre juridique et la doctrine n'ont pas toujours su intégrer les mutations que la communauté internationale subit continuellement, en particulier lorsqu'il s'agit de vérifier si certaines entités non étatiques possèdent la personnalité juridique.

A.- Concernant la notion de sujet de droit international

Les auteurs de droit international pensent, en général, que les ONG ne jouissent pas de la personnalité juridique internationale, étant donné que leur structure et leur statut sont fondés sur un droit étatique et que leurs membres sont des individus et non des États, exception faite du cas de l'UICN[4]. Faute d'un statut international, leur régime juridique peut varier selon les États, qui leur attribuent une personnalité, soit de droit public, soit de droit privé. Cette question de la personnalité juridique des ONG a fait l'objet de nombreux

[4] Voir notamment J-Cl. ZARKA, *Droit international public*, Paris, Ellipses. 2015, pp. 33-84.

écrits[5]. Néanmoins, il est évident que les ONG sont de plus en plus nombreuses et qu'elles développent des activités importantes pour la communauté internationale.

Un certain nombre d'auteurs se prononcent en faveur d'une assimilation de l'œuvre des ONG à celle des OIG et affirment une personnalité juridique internationale, plus ou moins limitée, à ces organisations ou à quelques-unes d'entre elles[6]. Lador Lederer affirme que « l'individu et les organisations non étatiques ont été reconnus comme sujets de droit international et il serait contraire à la réalité de méconnaître l'importance dynamique de ce fait »[7]. En effet, si on admet la personnalité juridique internationale aux individus, il n'y aurait aucune raison de la nier aux ONG, qui sont composées d'individus ou de groupes d'individus.

Les ONG, grâce à leurs activités internationales, deviennent incontournables dans le fonctionnement de certaines OIG et elles sont consultées chaque fois qu'une action doit être menée dans un domaine relevant de leur compétence. La notion d'activité internationale au service de l'humanité, ne constitue-t-elle pas aujourd'hui un élément devant être pris en compte dans la définition de la personnalité internationale ? Cette notion englobant des problèmes majeurs de notre époque qui échappent partiellement à l'emprise de la souveraineté étatique tels que ceux relatifs à l'environnement. La prise en compte de cette notion permettrait-elle de reconnaître le caractère d'urgence que présentent, très souvent, les catastrophes écologiques et qui nécessitent une intervention rapide en faisant fi du respect de la souveraineté des États ? Une telle conception nous conduirait à une impasse dans la conception classique de la notion de sujet de droit et poserait la question d'une évolution du principe de souveraineté des États.

La doctrine classique a reconnu aux seuls États la qualité de sujets de droit, les individus étant considérés, tout au plus comme objets de droit international. Contre ce courant majoritaire, le professeur George Scelle a affirmé que le droit international règle les rapports entre individus formant une société universelle et appartenant en même temps à d'autres entités politiques dont les États. Un grand nombre d'auteurs contemporains, sans aller jusqu'à dénier la qualité de sujet de droit aux États, reconnaissent que le droit international n'est plus l'apanage des seuls États, et tend à devenir un

[5] Voir par exemple : A. GUILLOIS, « Les associations internationales », *Revue générale de droit international public*, vol. 22, 1915, p. 15 ; N. POLITIS, « La condition juridique des associations internationales », *Journal du droit international*, vol. 50, 1923, p. 465 et s ; A. NORMANDIN, *Du statut juridique des associations internationales*, Paris, LGDJ, 1926, pp. 105 et s.

[6] Voir P. VELLAS, « Les entreprises multinationales et les organisations non gouvernementales, sujets du droit international », *in Mélanges offerts à Paul Couzinet,* Toulouse, Université des Sciences Sociales, 1974, pp. 767 et s.

[7] J. J. LADOR-LEDERER, « International Non-Governemental Organizations and Economics Entities. A Study in Autonomous Organization and *Jus Gentum* », Leiden, A.W. Sijthoff, 1963, pp. 210 et s.

véritable droit des gens[8]. Cette « émergence progressive de l'individu comme sujet de droit international », pour emprunter les termes du professeur Nicolas Valticos, s'observe à travers l'affirmation des droits fondamentaux de l'individu. Cette tendance s'est accrue avec la promotion des droits de solidarité dits de la troisième génération, comme le droit à un environnement sain, à la paix et au développement.

Dans le domaine particulier du droit international de l'environnement, les individus ont acquis un certain nombre de droits qui leur permettent d'intervenir dans le processus décisionnel et de participer ainsi à la mise en œuvre des normes internationales. Dans ce domaine, lorsque les États signent les conventions internationales, ils contractent également des obligations dont ils doivent s'acquitter à l'égard des individus.

Les individus peuvent aujourd'hui exercer un contrôle implicite sur la formation et la mise en œuvre des normes environnementales à travers la procédure de participation et le droit d'ester en justice pour des questions relatives à la protection de l'environnement. Ces deux procédés ont connu une certaine pratique dans les ordres juridiques nationaux dès les années 1970[9], mais il a fallu attendre une vingtaine d'années pour qu'ils aient un écho à l'échelon international. En effet, au début des années 1990, la notion de participation du public a connu un développement significatif en droit international de l'environnement, notamment grâce aux travaux de la Commission sur l'environnement et le développement et au processus de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED) qui ont lié le principe de participation du public au concept de développement durable. De façon plus significative, la Déclaration de Rio de 1992 va proclamer, dans le principe 22, le droit des populations indigènes et des communautés locales à participer à la prise des décisions environnementales : « Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable ». La dernière phrase de cette disposition traduit clairement le rôle des populations dans la mise en œuvre des normes environnementales. La participation du public est déterminante dans la réalisation du développement durable.

---

[8] Voir notamment : P.-M. DUPUY, « L'individu et le droit international (Théorie des droits de l'homme et fondements du droit international) », *Archives de philosophie du droit*, vol. 32, 1987, pp. 119-133 ; N. VALTICOS, « L'émergence progressive de l'individu comme sujet du droit international : spécialement à propos de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Le droit international dans un monde en mutation. Liber amicorum en hommage au professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 277-297.

[9] Sur ce point, voir les contributions de : N. WENGERT, « Citizen Participation: Practice in Search of a Theory », *Natural Resources Journal,* vol. 16, 1976, pp. 23-40 ; M. DESPAX, « Défense de l'environnement et métamorphose du droit français des associations », *Environmental Policy and Law*, vol. 147, 1977, pp. 147 et s. ; A. CHAYES, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, pp. 1281-1316.

B.- Concernant l'impasse dans la conception classique de sujet de droit

La théorie pure du droit considère comme sujet de l'ordre juridique international, toute entité ou tout individu qui est destinataire d'une norme dudit ordre. Le concept de sujet de droit est lié à la notion du domaine de validité personnelle de la norme juridique[10]. Lorsqu'on dit qu'un individu ou une entité est sujet d'une obligation juridique, cela signifie que l'ordre juridique établit une conduite de cette entité ou de cet individu comme obligatoire. De même, lorsqu'on affirme qu'ils ont une certaine compétence juridique pour créer des normes, cela veut dire que certaines conduites ou actions, relevant de l'ordre juridique, contribuent à l'élaboration de normes juridiques[11]. Il en découle que, pour qu'un individu ou une entité soit sujet de droit, il suffit qu'une norme de l'ordre juridique prévoie sa conduite comme contenu d'un droit ou d'une obligation juridique.

Hans Kelsen a appliqué cette idée fondamentale tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Le droit international se réfère directement à des personnes morales comme l'État et les OIG, mais ne sont pas mentionnées les ONG. Cela étant, le droit international règle la conduite des individus de la même façon que l'ordre juridique d'un État le fait pour les membres d'une personne morale. Les ONG ont pour membres, autant que les États, des individus titulaires de droits. Si ceux-ci bénéficient de la personnalité juridique internationale, comment expliquer que les ONG n'en soient pas titulaires comme les États ?

Au-delà de ces éléments théoriques, le statut consultatif dont les ONG jouissent auprès des Nations Unies et de ses institutions spécialisées leur permet d'être invitées, et de participer aux réunions et conférences d'élaboration des normes internationales. Quelle est la portée juridique de cet acte d'invitation ? Constitue-t-il une forme de reconnaissance de fait des ONG comme sujets de droit international ? La nature des problèmes globaux auxquels fait face l'humanité, notamment les problèmes écologiques, exige que l'ensemble des acteurs sociaux et internationaux participent aux régimes de protection. C'est ce qui implique le principe de démocratie participative dans le processus normatif. Il faut toutefois veiller à ce que la réalisation de cet objectif ne débouche pas sur l'adoption de réglementations à faible valeur contraignante.

C.- Concernant la potentielle reconnaissance de la société civile comme sujet de fait de droit international

« Les lacunes du droit sont toujours un objet de fascination pour l'observateur des sociétés. Comment peut-il se faire que l'homme, si prompt à réglementer le cours de toutes les activités sociales, en vienne à délaisser

[10] H. KELSEN, « Théorie du droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 84, 1953, pp. 66 et s.
[11] J. A. BARBERIS, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 179, 1984, pp. 157 et s.

certaines d'entre elles, pour les abandonner à la loi de la jungle ? »[12]. Cette interrogation du professeur Marcel Merle illustre bien la situation juridique des ONG. L'Annuaire des organisations internationales nous apprend que le nombre des OIG est passé de 37 en 1909 à 297 en 1993, tandis que dans le même temps, celui des ONG est passé de 176 à 12 457. Au vu de ces chiffres, beaucoup d'observateurs interprètent la prolifération des ONG comme la preuve de l'émergence d'une société civile face à la collectivité des États et considèrent cette émergence comme la préfiguration d'une transformation radicale dans la structure des relations internationales[13].

Quelle que soit sa signification, cette poussée quantitative des ONG est un fait social, qui est porteur d'une dynamique propre : conscientes de répondre à des aspirations que les gouvernements ne sont pas à même de satisfaire, les ONG réclament leur place au soleil en revendiquant l'octroi d'un statut destiné à reconnaître leur spécificité, et surtout, à leur attribuer des droits nécessaires à leurs fonctions sur la scène internationale. Elles veulent s'affranchir des contraintes que leur imposent tantôt la réglementation nationale, tantôt les frontières étatiques. Ces deux séries d'obstacles sont inhérentes à la juxtaposition d'États souverains qui détiennent le monopole de la création des règles de droit. Les ONG n'ont par elles-mêmes, aucune compétence pour se doter d'un statut ; elles ne peuvent espérer en obtenir un que par l'intermédiaire des États dont elles cherchent en même temps à réduire l'influence. Une partie importante des difficultés auxquelles font face les ONG serait résolue si les États acceptaient d'adopter un modèle unique de statut associatif. Au-delà de cette normalisation, les ONG n'ont pas tant besoin d'une égalité de traitement par les États que la reconnaissance de droits propres, et cela passe par d'une convention internationale dotant les ONG d'un statut approprié. L'invitation des ONG à participer aux négociations internationales peut-elle être interprétée comme une étape vers un statut international ?

1.- Quelle signification pour l'invitation à participer à l'opération normative ?

La possibilité d'être associé aux travaux de l'un des organes principaux de l'ONU, notamment le Conseil économique et social, a été considérée comme une victoire par les représentants des ONG. Le succès a été d'autant plus significatif que l'article 71 de la Charte a servi de modèle aux institutions spécialisées et à la plupart des organisations régionales comme le Conseil de l'Europe. Dans quelle mesure cet article 71 et le réseau de relations qu'il a instauré entre les OIG et les ONG ont-ils contribué à améliorer la condition juridique des ONG ? Cet article a permis aux ONG de

[12] M. MERLE, « Un imbroglio juridique : le "statut" des OING, entre le droit international et les droits nationaux », *in L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis. Études offertes à Alain Plantey*, Paris, Pedone, 1995, pp. 341-351.
[13] M. MERLE, « Le concept de transnationalité », *in Humanité et droit international. Mélanges offerts à René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, pp. 223-231.

sortir de la clandestinité, mais la reconnaissance de leur existence n'a qu'une portée limitée[14].

La qualité d'interlocuteur reconnue aux ONG demeure réservée à un nombre très restreint. Il s'agit d'un régime octroyé unilatéralement et discrétionnairement par les OIG, qui n'est pas acquis de plein droit et reste précaire. En pratique, seules quelques centaines d'ONG (environ 700 sur 12 000 recensées) sont admises à participer aux travaux des OIG. Il est vrai, toutefois, que l'Assemblée générale de l'ONU a atténué cette rigueur en invitant un nombre croissant d'ONG à participer aux grandes conférences qu'elle a organisées sur des thèmes de portée générale comme l'environnement ou la population. L'afflux des délégations non gouvernementales a été tel qu'il a fallu organiser séparément deux conférences parallèles. Dans le cadre des Forums qui leur a été attribués, les ONG se sont comportées comme les représentants de l'opinion publique internationale, au sein de laquelle s'affrontaient des propositions contradictoires. En fait, ces manifestations ont surtout joué le rôle de groupes de pression tentant d'influencer les travaux des experts ou des délégués gouvernementaux qui siégeaient dans les conférences officielles. Ces expériences n'ont eu qu'une portée limitée et n'ont pas donné lieu à un acte juridique de reconnaissance à l'égard des ONG invitées.

Le mécanisme de consultation, quant à lui, ne confère pas aux ONG la personnalité internationale, parce qu'il ne leur accorde que des prérogatives limitées. La plupart des bénéficiaires doivent se limiter à la diffusion des informations et à l'assistance passive aux débats. Seule une minorité de grandes ONG, comme l'UICN et le Fonds mondial pour la nature (WWF), ont qualité pour demander l'inscription de questions à l'ordre du jour, pour présenter des exposés écrits et intervenir oralement au cours des sessions. En aucun cas, le droit de vote n'est accordé aux représentants des ONG. Ce qui nous conduit à dire que la fonction consultative est conçue de façon restrictive, mais les ONG n'en demeurent pas moins des pièces essentielles dans le fonctionnement du système international. La place qu'elles tiennent dans les institutions de coopération internationale amène à réfléchir sur quel statut international accorder aux ONG.

2.- Quel statut international pour les ONG ?

Depuis 1910, plusieurs projets ont été élaborés, notamment au sein d'institutions internationales comme l'Institut de droit international, visant à définir un statut international pour les ONG. Cependant, les États se sont toujours montrés réticents à leur attribuer un tel statut. S'il est vrai qu'aucun statut mondial des ONG, consacré par une convention internationale, n'existe à ce jour, des progrès significatifs ont néanmoins été réalisés sur le plan régional, notamment en Europe. Le texte de base à cet égard est la

[14] M. MERLE, « L'article 71 de la Charte », *in* Jean-Pierre COT, Alain PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1991, pp. 1729-1738.

« Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des OING », signée le 24 avril 1986 dans le cadre du Conseil de l'Europe[15]. Les auteurs de la convention devaient choisir entre deux formules statutaires : soit construire un statut entièrement nouveau, soit se baser sur des dispositions existant dans chaque pays pour faire bénéficier les ONG, sur le territoire de tous les États membres du Conseil de l'Europe, des mêmes droits et obligations que ceux dont elles disposent dans l'État de leur siège. La solution adoptée par la convention est fort simple et définie dans son article 2 qui dispose : « La personnalité et la capacité juridique d'une OING telles qu'elles sont acquises dans la partie dans laquelle elle a établi son siège statutaire sont reconnues de plein droit dans les autres parties ».

La diversité des ONG complique quelque peu la définition d'un statut uniforme sur le plan international. Ce phénomène rend difficile le dialogue entre les ONG et la communauté des États déjà soucieux de garder une part importante de l'activité internationale sous le contrôle de la souveraineté étatique. Aucune autorité n'est qualifiée à représenter l'ensemble des ONG, ni pour négocier en leur nom ; ce qui laisse la latitude aux États et aux OIG d'accorder, à leur guise, aux ONG des prérogatives précises et limitées. Les grandes ONG, celles qui vivent de leurs propres ressources et dont l'utilité et la notoriété sont reconnues de longue date, ne recherchent pas une consécration supplémentaire dans les dispositions d'un statut qui pourraient leur imposer des contraintes inutiles. Une grande majorité des ONG qui militent dans le secteur de la coopération internationale gravitent autour des OIG dont les activités sont conformes à leurs objectifs et parviennent à trouver avec elles les arrangements nécessaires à une collaboration fructueuse.

Devant cette carence statutaire, chaque ONG cherche donc discrètement à négocier une position auprès des OIG, et cette dispersion ne facilite pas la coordination des demandes à l'échelle internationale. Ce vide juridique recouvre des réalités que le droit international devra bien prendre en compte, notamment l'implication d'acteurs autres que les États et les OIG dans les activités des institutions internationales. Il se traduit particulièrement dans l'élaboration des normes internationales et contribue à l'émergence de la notion de démocratie participative.

III.- Pratique de la démocratie participative dans le processus normatif

L'un des aspects novateurs de l'activité normative des ONG en matière d'environnement est l'introduction du principe de démocratie participative dans l'ordre juridique international. Ce principe a toujours été appliqué dans le cadre de la participation des citoyens à la vie publique et à la décision administrative. La gravité des problèmes environnementaux a accentué la demande des citoyens pour de nouvelles modalités de participation, « celles-ci apparaissent à certains comme une conséquence politique et juridique directe de la reconnaissance du droit à

[15] Texte et travaux préparatoires dans *Associations Internationales*, vol. 3, 1986.

l'environnement »[16]**.** Le principe de participation n'a pas toujours été appliqué en droit international classique ; il a trouvé un terrain favorable lors de la négociation des conventions internationales sur l'environnement, pour s'implanter. Les ONG ont joué un rôle vital dans ce cadre. Praticiens du développement sur le terrain, avertis des problèmes d'environnement, les ONG et les mouvements sociaux apparaissent comme des interlocuteurs incontournables avant et après la CNUED. N'est-ce pas sous leur influence qu'une évolution significative de certains concepts commence à se dessiner : c'est le cas pour des notions comme la démocratie participative, le développement humain et le lien entre l'environnement et le développement.

En dehors des ONG, d'autres acteurs, comme les entreprises, étaient présents lors des négociations internationales. Qu'elles soient éco-industrielles et soucieuses de soigner leur image écologique, ou véritablement convaincues de la nécessité de contribuer à la résolution des problèmes environnementaux, toutes étaient présentes à la CNUED. Les représentants de plusieurs multinationales ont signé la Charte pour un développement durable. La Chambre du commerce international n'avait pas attendu le sommet de Rio pour intégrer l'environnement dans ses réflexions. Elle a créé un Bureau international de l'environnement destiné à bénéficier des conseils d'experts spécialisés sur les différentes taxes écologiques mises en place dans plusieurs pays industrialisés. Cette implication importante de différents acteurs à l'élaboration des normes environnementales soulève deux questions fondamentales ; tout d'abord celle du fondement juridique de la notion de démocratie participative et en second lieu celle de la portée de ce principe sur la norme environnementale.

A.- Le fondement juridique de la notion de démocratie participative

Conformément à la Charte, qui commence par la formule « Nous, les peuples des Nations Unies », la CNUED fut la première, dans l'histoire de l'Organisation, à associer la société civile à son processus. Nul doute que cette participation constitua l'un des plus grands succès de Rio et marqua une étape majeure dans l'évolution des politiques internationales. Près de vingt ans avant la CNUED, la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, tenue à Stockholm en 1972, invitait, dans son principe 19, à donner aux individus, entreprises et collectivités le sens de leurs responsabilités ; l'enseignement et l'information sur les questions environnementales devaient favoriser cette prise de conscience. Dans le Plan d'action adopté lors de cette même conférence, la recommandation 97 invitait les États à faciliter « la participation du public à la gestion et au contrôle de l'environnement », en prévoyant notamment les moyens de stimuler la participation active des citoyens.

En 1987, un groupe d'experts du PNUE a élaboré une déclaration de principe à vocation universelle sur les études d'impact en mettant en avant la

[16] Voir M. PRIEUR, « Le droit de l'environnement et les citoyens : la participation », *Revue juridique de l'environnement,* vol. 4, 1988, pp. 397-417.

participation du public dans cette procédure. Avant toute décision, le public et les groupes intéressés doivent pouvoir commenter l'étude d'impact et aucune décision ne doit être prise par les autorités sans qu'un certain délai s'écoule permettant la prise en considération des observations du public[17]. Dans le même sens et de façon plus explicite, l'Acte final de la conférence d'Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe considère au point 5 du chapitre sur l'économie, la science et la technique que « le succès d'une politique de l'environnement suppose que toutes les catégories de la population et toutes les forces sociales, conscientes de leurs responsabilités, contribuent à protéger et à améliorer l'environnement ». La Stratégie mondiale de la conservation de 1980 insiste également sur la nécessité de la participation. Celle-ci vise à améliorer les décisions : « l'idéal serait que les citoyens participent à tous les stades de la planification du développement, de l'élaboration des politiques à la formulation et à l'examen des projets ».

Tous ces textes adoptés à l'échelle internationale témoignent de l'importance accordée au principe de participation, afin de mieux adapter les normes environnementales aux réalités des problèmes à résoudre. La participation des ONG au processus de décision international a été bien engagée lors de la préparation de la conférence de Rio où un grand nombre d'ONG ont été accréditées. L'Agenda 21 est assez précis sur ce point dans son chapitre 27 consacré au « renforcement du rôle des ONG partenaires pour un développement durable »[18]. Le souci d'associer tous les acteurs sociaux au processus normatif a-t-il un impact sur la nature de la norme environnementale ?

B.- La norme environnementale comme norme concertée ?

Le principe de démocratie participative vise à responsabiliser l'ensemble des acteurs sociaux. Le processus normatif commence par une large consultation des acteurs identifiés, ensuite s'ouvre une concertation pour l'élaboration d'un projet de texte. On observe qu'il y a une décentralisation des centres de décision, les États ne sont pas les seuls acteurs aptes à concevoir un programme d'action. Ce processus commence à un niveau national, puis il se généralise sur le plan international pour aboutir aux négociations intergouvernementales. Les textes sur lesquels portent les discussions des délégués officiels sont les résultats des consultations effectuées à la base. Ce

[17] Voir Principes directeurs pour l'évaluation de l'impact sur l'environnement, principes 7 et 8. Voir également *Environmental Policy and Law*, vol. 17, 1987, p. 36.

[18] Agenda 21, chapitre 27, § 27.9 : « Le système des Nations Unies, y compris les institutions internationales de financement et de développement et toutes les organisations et instances intergouvernementales, devront, en liaison avec les ONG, prendre des mesures afin de : a) Étudier les moyens de renforcer les procédures et mécanismes existants par lesquels les ONG participent à la conception des politiques, à la prise des décisions, à l'exécution et à l'évaluation des activités au niveau de chaque organisme, et en rendre compte dans le cadre des discussions inter-organisations et des conférences des Nations Unies ; b) Sur la base des résultats de l'étude mentionnée à l'alinéa a) créer au sein de chaque organisme des mécanismes et des procédures, ou renforcer ceux qui existent déjà, en vue de faire appel aux connaissances et aux points de vue des ONG dans l'élaboration, l'exécution et l'évaluation des politiques et programmes ; d) Concevoir des moyens souples et efficaces permettant aux ONG de participer aux processus institués en vue d'examiner et d'évaluer l'application du programme Action 21 à tous les niveaux (…) ».

travail de consultation à la base est effectif grâce aux réseaux dont disposent les ONG dans différents pays et sur le plan international.

La norme juridique qui est adoptée à l'issue d'un tel processus est le résultat de cette large consultation, et c'est ce qui justifie le mode d'adoption par consensus. Cette norme juridique peut-elle être qualifiée de norme concertée ? Pouvons-nous la concevoir de la même manière que l'acception classique ? Les États n'assumant pas toute la responsabilité de l'opération normative, est-il toujours nécessaire d'y rechercher un caractère contraignant ? Le grand intérêt que présente ce mode de formation de la norme juridique est que les destinataires de cette norme participent réellement à son adoption et sont préparés à assurer sa mise en œuvre. La norme environnementale élaborée dans un dialogue interinstitutionnel, regroupant les États, les ONG et autres acteurs sociaux, s'impose d'elle-même. Son caractère obligatoire découle de sa formation parce qu'elle engage toute la communauté. Pour schématiser la particularité du processus d'élaboration des normes environnementales : les propositions partent de la base, sont élaborées par des experts désignés par les acteurs sociaux, pour remonter jusqu'aux négociations intergouvernementales auxquelles participent les ONG ; les normes adoptées reviennent ensuite à la base où sont élaborés les programmes d'action pour leur mise en œuvre. Cette démarche permet d'éviter le défaut de mise en œuvre qui caractérise souvent les instruments juridiques internationaux.

Le droit international ne peut plus nier l'importance des ONG dans la sphère internationale. Il devrait donc reconnaître formellement leur existence et leur confier certaines attributions, notamment en matière d'élaboration et d'application des régimes de protection de l'environnement. Les États et les OIG doivent les associer davantage à leurs travaux, en leur accordant le droit d'être consultées dans toutes les matières relatives à la protection de l'environnement. Pour cela, ils doivent affronter le discrédit résultant de leur manque d'efficacité et relativiser leur position prépondérante dans le processus normatif. Les États et les organisations intergouvernementales gagneraient, en conséquence, à associer davantage les ONG à leurs travaux, en particulier en matière de protection de l'environnement, afin de renforcer la légitimité, l'efficacité et l'ancrage démocratique des normes adoptées.

LA PROBLÉMATIQUE DU CONTRÔLE DE L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Zeïnatou ALASSANI

Docteur en droit international public,
Université de Rouen – CUREJ (France),
Membre de la Section des jeunes chercheurs de l'Académie africaine
de la pratique du droit international (AAPDI)

« L'interrogation qui ouvre la présente étude pourrait apparaître fortement expressive »[1]. Telle est la phrase introductive formulée par le regretté Professeur Stéphane Doumbé-Billé dans son article « La juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique : *Much ado about nothing*? », dont le seul titre résume toute la problématique liée à l'exécution effective des décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Aussi, à travers ces quelques lignes, nous rendons hommage à ce grand professeur pour son éminent apport à la science du droit en général et particulièrement à celle du droit régional africain.

Portée par les États les plus puissants et par une multitude d'acteurs non étatiques, l'expression « protection des droits de l'homme »[2] a envahi la scène internationale et s'est retrouvée dans de nombreuses conventions et résolutions internationales. Cependant, bien que ces droits revêtent un caractère universel, il faut reconnaître qu'il n'existe pas de « Cour mondiale » unique des droits de l'homme chargée d'assurer leur protection. Ainsi, la protection des droits de l'homme dépend tantôt du contexte sécuritaire, pouvant conduire à un recours parfois excessif de mesures restrictives des libertés individuelles, tantôt des régimes politiques, et surtout des dispositifs et mécanismes en vigueur à l'échelon national de l'État.

---

[1] S. DOUMBÉ-BILLÉ, « La juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique », *in* J.-F. AKANDJI-KOMBÉ (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 693-706. Appartenant à William Shakespeare, et tirée de sa comédie du même nom publiée en 1600, la célèbre expression anglaise « *much ado about nothing* » se traduit en français par « beaucoup de bruit pour rien ».

[2] Mentionnée à sept reprises dans la Charte des Nations Unies, l'expression « droits de l'homme » fait de la promotion et de la protection des droits de l'homme un objectif primordial et un principe directeur de l'Organisation.

S'inspirant des deux précédents régionaux – la Convention européenne des droits de l'homme[3] et la Convention américaine relative aux droits de l'homme[4] – l'Afrique a, à son tour, renforcé la protection juridique des droits humains en mettant en place un système pour « promouvoir les droits de l'homme et des peuples et (…) assurer leur protection »[5]. Et, de manière conformiste, le système africain des droits de l'homme s'est doté d'instruments juridiques et d'organes qui sont chargés de faire respecter lesdits droits ainsi établis. De ce fait, l'Union africaine, qui a succédé à l'Organisation de l'unité africaine, a adopté en 1981 la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples[6], qui institue dans son article 30 une Commission africaine des droits de l'homme et des peuples[7].

Inaugurée le 2 novembre 1987 à Addis-Abeba, en Éthiopie, afin d'assurer et de promouvoir les droits de l'homme et des peuples, la Commission africaine a pour mission de surveiller le respect par les États des dispositions de la Charte africaine. Toutefois, très tôt, elle a vu ses efforts s'amoindrir[8], puisque son fonctionnement dépend essentiellement de la bonne foi des États africains. Aussi, pour pallier ces insuffisances, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour ADHP) a été mise en place[9]. Certes, cette nouvelle instance ne remplace pas la Commission africaine, mais aux termes du Protocole à la Charte portant sa création[10], la

[3] La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus connue sous le nom de Convention européenne des droits de l'homme a été signée à Rome le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Elle a été le premier instrument rendant contraignants certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

[4] La Convention américaine relative aux droits de l'homme a été adoptée le 22 novembre 1969 à San José Costa Rica et est entrée en vigueur le 18 juillet 1978.

[5] Voir Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte ADHP), article 30.

[6] La Charte ADHP a été adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi (Kenya) par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine (OUA), actuelle Union africaine. Elle est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Dans sa première partie, si la Charte consacre l'ensemble des droits de l'homme garantis par les instruments internationaux, elle a pour spécificité d'y ajouter des devoirs.

[7] Pour plus de détails sur cet organe, voir notamment J.-L. A. AMOUGOU, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001, pp. 91-117.

[8] Certes, le choix et l'élection des membres de la Commission africaine relèvent des États sur la base de « leurs qualités de moralité, d'intégrité, d'impartialité et leur compétence en matière de droits de l'homme » (article 31 de la Charte ADHP). Toutefois, le fait que la Charte ne limite pas le nombre de mandats des membres de la Commission (article 36 de la Charte ADHP) – dont le renouvellement est à la discrétion des États – ne favorise pas l'impartialité de ces derniers. Par ailleurs, la confidentialité imposée à la Commission jusqu'à ce que la Conférence des chefs d'État et de gouvernement en décide autrement (article 59 de la Charte ADHP) constitue un frein à son indépendance. Enfin, le fait que la Commission africaine ne puisse sanctionner les États en cas de non-respect de ses recommandations est de nature à limiter son impact auprès de ces derniers.

[9] Voir notamment S. BELHASSEN (dir.), *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : vers la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Guide pratique*, Paris, FIDH, 2010.

[10] Adopté en juin 1998 à Ouagadougou au Burkina Faso, il a fallu cependant attendre le 25 janvier 2004 pour qu'il entre en vigueur, après sa ratification par 15 États membres de l'Union africaine (UA).

Cour parachève et renforce la mission de la Commission. D'ailleurs, en cas de violations des droits de l'homme, l'une ou l'autre reste compétente.

En outre, est prévue l'entrée en vigueur, dès la quinzième ratification, d'un nouveau Protocole intitulé Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme[11]. Ce nouveau Protocole, adopté en 2008 à Sharm el-Sheikh, vise à remplacer et fusionner le Protocole de la Charte portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (adopté en 1998 et entré en vigueur en 2004) et le Protocole de la Cour de justice de l'Union africaine (adopté en 2003 et entré en vigueur en 2005). Sans introduire de modifications majeures, ce nouveau Protocole, qui unifie les deux précédentes Cours en une seule instance, la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, se trouve encore à l'étape d'ouverture aux signatures[12]. En 2014, il a été remplacé par le Protocole de Malabo, qui prévoit une extension des compétences de la Cour, la transformant ainsi en une juridiction composée de trois sections : une section générale (contentieux entre États et institutions de l'UA) ; une section des droits de l'homme (protection des droits fondamentaux) ; et une section pénale (compétence pour juger des crimes graves)[13].

Précisons encore que la Cour africaine se perfectionne. Son mode de saisine demeure remarquable et se rapproche de celui de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qu'il permet une saisine directe par les individus[14], à condition que l'État concerné ait accepté[15] la compétence de la Cour pour recevoir les plaintes individuelles, une possibilité qui n'existe pas dans le système interaméricain[16].

Aux termes des articles 29 sur la « Signification de l'arrêt » et 30 sur l'« Exécution des arrêts de la Cour » du Protocole relatif à la Charte africaine

[11] Le Protocole sur le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme n'est pas encore entré en vigueur depuis son adoption le 1er juillet 2008.

[12] À la date du 17 février 2025, bien que 33 États parmi les 55 États membres de l'Union africaine aient signé ce Protocole, seuls 8 l'ont ratifié, ce qui est insuffisant pour son entrée en vigueur. La dernière signature a été celle de l'Angola, le 11 mai 2020. Pour conserver une cohérence dans notre publication, les numéros des articles utilisés seront ceux du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (entré en vigueur le 25 janvier 2004).

[13] Pour entrer en vigueur, le Protocole de Malabo nécessite la ratification de 15 États membres de l'Union africaine. Au 1er mars 2025, seul l'Angola a ratifié ledit protocole, ayant déposé son instrument de ratification le 31 mai 2024. Par conséquent, le protocole n'est pas encore en vigueur.

[14] Cette méthode de saisine permet de montrer que l'objectif principal de la création de la Cour africaine est essentiellement la préservation et la sauvegarde des droits de l'homme. La Cour africaine a ainsi le pouvoir d'examiner directement les plaintes des individus lésés contre leur gouvernement et d'ordonner des mesures correctives contraignantes si les plaintes sont fondées.

[15] Selon l'article 34, § 6, du Protocole portant création de la Cour africaine, « 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 ».

[16] Selon l'article 61, § 1, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, « Seuls les États parties à la présente Convention et la Commission ont qualité pour saisir la Cour ». Autrement dit, faute pour la Cour interaméricaine d'admettre les saisines individuelles directes, les requêtes des particuliers sont reçues que par la Commission interaméricaine pour les droits de l'homme qui peut les déférer à la Cour.

des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Protocole), après notification des décisions de la Cour, les États parties s'engagent à s'y conformer et à les exécuter. Par exécution d'une décision, il faut entendre la réalisation effective de ce qui a été décidé, ce qui peut comprendre la cessation de ce qui est prohibé. En effet, si sur le plan interne, l'État a la possibilité d'enjoindre aux personnes condamnées l'exécution des décisions rendues, si besoin par le biais de la force publique, il n'en est pas de même sur le plan international ou régional.

Dès lors, il se pose non seulement la question de l'exécution effective des décisions rendues par la Cour africaine, mais surtout celle de son contrôle (I). À cet égard, quand bien même le fait de confier à des organes politiques le contrôle de l'exécution des décisions d'une juridiction régionale n'est pas l'exclusivité du système africain, il faut reconnaître, en l'espèce, que la pratique est délicate à cause des réalités politiques du continent africain (II).

I.- Un contrôle exercé par des organes politiques

Aux termes de l'article 29, § 2, du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, le Conseil des ministres veille, au nom de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, à l'exécution de l'arrêt ou de la décision de la Cour après en avoir reçu notification. Comme initialement relevé, il s'agit là d'un mécanisme de contrôle à caractère politique qui n'est pas exclusif au système africain.

A.- La convergence des modèles de contrôle de l'exécution des décisions de la Cour

Les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme présentent l'avantage d'être élaborés à la lumière de données géographiques, historiques, politiques, et socio-culturelles propres à leur région. Ils aspirent ainsi à être plus proches de la réalité de leurs territoires et donc plus accessibles aux victimes. À ce jour, trois régions dans le monde ont institué des instances de surveillance et de mise en œuvre des droits de l'homme spécifiques à travers des cours permanentes régionales : l'Europe, l'Amérique et l'Afrique[17].

[17] Il s'agit de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) basée à Strasbourg en France, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IADH) basée à San José au Costa Rica et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour ADHP) basée à Arusha, en Tanzanie. Concernant le continent asiatique, aucun système n'a encore réellement été mis en place, le seul instrument régional de droits de l'homme demeurant une simple déclaration des droits de l'homme, (*ASEAN Human Rights Declaration*), adoptée en 2012 par l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, mais qui n'a pas de force juridique contraignante. S'il existe néanmoins certains organes consultatifs, comme la Commission intergouvernementale des droits de l'homme de l'ASEAN, créée en 2009, son mandat se limite à la promotion des droits de l'homme et ne prévoit pas de pouvoir de sanction ou de contrôle juridictionnel. Ainsi, l'Asie demeure la seule région du monde sans une cour régionale des droits de l'homme ni un système de protection juridiquement contraignant à l'échelle continentale.

Conformément au principe de l'autorité de la chose jugée, les décisions des cours régionales de droits de l'homme sont contraignantes et doivent aussi être exécutées. Cette obligation d'exécution est explicitement mentionnée dans les trois textes conventionnels régionaux[18]. Ainsi, si l'exécution s'entend du « processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être »[19], elle implique qu'un mécanisme fiable de contrôle soit mis en place, puisque l'efficacité d'une instance dépend du mécanisme de contrôle de l'exécution de ses décisions. D'ailleurs, en droit international général, l'obligation pour l'État condamné d'exécuter[20] la décision des juges va consister en l'adoption de mesures générales ou individuelles nécessaires pour atteindre les obligations qui découlent de la décision juridictionnelle. Au niveau de la Cour africaine, cette obligation d'exécution naît dès la notification de l'arrêt et au plus tard dans un délai fixé par la Cour[21].

Cependant, nonobstant l'existence du principe de bonne foi, il faut reconnaître que l'exécution des décisions des cours au niveau international n'est pas toujours effective[22], d'où un contrôle confié à un organe tiers. S'agissant de la Cour internationale de Justice (CIJ), aux termes de l'article 94, § 2, de la Charte des Nations Unies[23], le suivi de l'exécution des arrêts a été confié au Conseil de sécurité, un organe politique. Présenté comme étant l'un des systèmes les plus élaborés, le système européen a également opté pour un modèle politique de contrôle. En effet, aux termes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

[18] Pour la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés, l'article 46, § 1 prévoit : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». Pour ce qui est de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, l'article 68, § 1, dispose : « Les États parties à la présente Convention s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où elles sont en cause ». Enfin, pour la Charte africaine, selon le Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme en son article 46, § 3 : « Les parties doivent se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige auquel elles sont parties, et en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour ».

[19] Ph. THERY, « Définition de l'exécution », *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* Paris, PUF, 2003, pp. 678-680.

[20] L'exécution consiste à réaliser une obligation, en faisant coïncider le droit et les faits. Sur ce point, voir les définitions dans : J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 477 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018, p. 432.

[21] Voir l'article 30 du 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 en vigueur, concernant l'exécution des arrêts de la Cour : « 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 ».

[22] Pour une analyse plus détaillée sur l'effectivité, voir F. COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, spéc. pp. 1-33.

[23] Charte des Nations Unies, article 94, § 2 : « Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt. ».

fondamentales[24], le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne relève du Comité des Ministres.

La formule adoptée par le système africain est proche du modèle de la Charte des Nations Unies et du modèle de la Cour européenne. Ainsi, conformément au Protocole de 1998 (2004), le contrôle de l'exécution des décisions de la Cour africaine est effectué par le Conseil de l'exécutif au nom de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement[25]. Autrement dit, le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour africaine a été confié à la Conférence des chefs d'État et de gouvernement à travers le Conseil exécutif, deux organes de l'Union africaine[26]. Le système africain s'est inspiré des systèmes européen et international des Nations Unies avec leurs organes respectifs du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et du Conseil de sécurité. De ce fait, en confiant aussi à des organes politiques l'exercice de missions judiciaires, il ne fait aucun doute que le modèle africain est resté cohérent avec la lettre et l'esprit du Protocole.

B.- La Conférence des chefs d'État et de gouvernement et le Conseil exécutif

Contrairement à la Cour interaméricaine, qui assure elle-même le suivi de l'exécution de ses décisions[27], la Cour africaine ne dispose pas d'un mécanisme équivalent : le contrôle de l'exécution de ses arrêts relève du Conseil exécutif de l'Union africaine, agissant au nom de la Conférence, conformément à l'article 29, § 2, du Protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

Selon l'article 6 de l'Acte constitutif de l'Union africaine, la Conférence est l'organe suprême de l'Union, parce qu'elle est composée des chefs d'État et de gouvernement ou de leurs représentants dûment accrédités de tous les États membres. En effet, la Conférence des chefs d'État et de gouvernement représente « l'institution par excellence, le tout de

[24] Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 46, § 2 : « L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution ».

[25] Voir l'article 29, § 2, du Protocole, repris littéralement dans l'article 43, § 5, du Protocole de 2008 portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

[26] Voir l'article 5 de l'Acte constitutif de l'Union africaine de 2002.

[27] Selon l'article 69 du Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : « 1. La surveillance des arrêts et autres décisions de la Cour est effectuée par l'élaboration de rapports de l'État et des observations présentées sur lesdits rapports par les victimes ou leurs représentants. La Commission interaméricaine doit présenter des observations aussi bien sur le rapport de l'État que sur les observations des victimes ou de leurs représentants. 2. La Cour peut demander à d'autres sources, des informations pertinentes sur l'affaire, lui permettant d'évaluer leur état d'exécution. À cet effet, elle peut aussi demander les expertises et les rapports qu'elle considère opportuns. 3. La Cour peut, le cas échéant, convoquer l'État et les représentants des victimes à une audience afin de surveiller l'exécution de ses décisions et entendre la Commission. 4. La Cour détermine l'état d'exécution de ses arrêts sur la base des informations reçues et rend les résolutions qu'elle estime pertinentes. 5. Ces dispositions s'appliquent également aux affaires qui n'ont pas été déposées par la Commission ».

l'Organisation ; elle est l'Organisation même »[28]. Aussi, lui appartient-il de définir les politiques de l'Union, d'en assurer le contrôle de la mise en œuvre des décisions et surtout de veiller à leur application par tous les États membres. Pour confirmer cette suprématie, l'article 7 de l'Acte constitutif de l'Union africaine précise que la Conférence prend ses décisions par consensus ou, à défaut, à la majorité des deux tiers des États membres de l'Union. Par conséquent, en pratique, pour toute décision, le consensus est d'abord recherché et c'est uniquement en cas d'incapacité de l'atteindre que la majorité des deux tiers est requise.

D'ailleurs, comme il est mentionné à l'article 31 du Protocole, à chaque session ordinaire de la Conférence, la Cour soumet un rapport annuel sur ses activités. Ce rapport fait état, en particulier, des cas où un État n'aurait pas exécuté ses décisions. Ainsi, cette obligation de production de rapport s'interprète comme étant l'un des moyens politiques dont dispose la Conférence des chefs d'État et de gouvernement pour faire pression sur l'État défaillant qui ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'une décision rendue par la Cour.

Concernant le Conseil exécutif de l'Union, aux termes de l'article 10, § 1, de l'Acte constitutif de l'Union africaine, celui-ci rassemble un collège composé des ministres des Affaires étrangères ou de tous autres ministres ou autorités désignés par les gouvernements des États membres. En conséquence, le Conseil exécutif équivaut au Conseil des ministres du Conseil de l'Europe. Ainsi, conformément à l'article 29 du Protocole[29], les arrêts de la Cour africaine sont notifiés non seulement aux parties en cause, aux États membres de l'Union, à la Commission, à la Conférence mais aussi au Conseil exécutif qui doit veiller à leur exécution.

Responsable devant la Conférence de l'Union, le Conseil exécutif assure la coordination et décide des politiques dans les domaines d'intérêt commun pour les États membres. Il est aussi l'organe chargé de veiller à l'exécution des arrêts de la Cour africaine. Pour ce faire, il examine les questions dont il est saisi et suit la mise en œuvre des politiques arrêtées par la Conférence. En ce sens, Élisabeth Lambert Abdelgawad[30] souligne que le contrôle de l'exécution des arrêts échappe au juge puisqu'il se limite à « dire » le droit, et n'a pas pour fonction de le « faire ».

En revanche, dans le système interaméricain, c'est le modèle judiciaire qui prévaut, c'est-à-dire que le suivi et la surveillance de l'exécution de ses décisions incombent à la Cour elle-même[31]. En effet, le

---

[28] M. GLELE-AHONHANZO, *Introduction à l'Organisation de l'unité africaine et aux organisations régionales africaines*, Paris, LGDJ, 1986, p. 45. Voir aussi F. BORELLA, « Le système juridique de l'Organisation de l'unité africaine », *Annuaire français de droit international*, vol. 17, 1971, p. 236.

[29] Repris littéralement au paragraphe 5 de l'article 43 du nouveau Protocole de 2008.

[30] É. LAMBERT ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *Annuaire français de droit international*, vol. 52, 2006, pp. 677-724.

[31] Voir l'article 69 du Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, adopté par la Cour en 2009. Voir également L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2e éd., Paris, Pedone, 2018, pp. 1445-1452. Ce pouvoir,

contrôle de l'exécution des jugements d'une instance judiciaire reste le pouvoir inhérent aux fonctions judiciaires de cet organe. En ce sens, l'article 67 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme dispose que l'arrêt de la Cour est définitif et sans appel.

De ce qui précède, il ressort que le mécanisme de contrôle des décisions d'une cour peut revêtir un caractère judiciaire et/ou politique. Néanmoins, si le modèle judiciaire de contrôle présente l'avantage d'être soumis à l'instance qui a rendu la décision et donc censée en maîtriser les contours, il peut être confronté aux difficultés de son exécution forcée. Quant au modèle politique de contrôle, tout en comportant l'inconvénient que l'organe politique soit facilement influencé, il présente l'avantage de disposer d'un organe externe qui peut exercer un pouvoir de contrainte à l'encontre des États hostiles à l'exécution.

Or, bien que le choix d'un organe politique pour superviser l'exécution des arrêts ait parfois été critiqué en raison du risque d'auto-amnistie par les États[32], il n'a jamais été remis en question au niveau européen, faute d'application concrète. En revanche, cette problématique se pose différemment au sein d'une union d'États moins démocratiques, comme celle des États africains.

II.- Un contrôle détaché de la réalité du système africain

Tout d'abord, il convient de rappeler que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne juge pas des individus, mais des États. Ces derniers, étant les destinataires des arrêts de la Cour, se trouvent inévitablement confrontés à la question de l'obligatoriété de l'exécution des décisions par un État souverain, ainsi qu'à celle des sanctions en cas d'inexécution.

Composé de l'ensemble des ministres des Affaires étrangères des États membres de l'Union africaine, le Conseil exécutif chargé du suivi des arrêts de la Cour africaine regroupe ainsi en son sein les ministres des États non parties au Protocole et ceux des États parties au Protocole, y compris ceux des États condamnés par la Cour. Dès lors, *quid* de l'impartialité des États lorsqu'ils se retrouvent dans une situation où ils sont juges et parties ? Cette préoccupation a bien été relevée par la Fédération internationale pour les

initialement exercé sans fondement textuel (Cour IADH, *Velásquez Rodríguez c. Nicaragua,* arrêt du 17 août 1990 sur l'interprétation et la révision de l'arrêt du 21 juillet 1989) a ensuite été confirmé par la Cour elle-même de manière explicite (Cour IADH, *Baena Ricardo et autres c. Panama*, arrêt du 28 octobre 2003).

[32] À cet égard, voir Ph. BOILLAT dans *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Vers une mise en œuvre renforcée de la Convention européenne des droits de l'homme au niveau national,* Conseil des droits de l'homme, 2008, p. 141, qui se pose la question de savoir s'il conviendrait de confier la tâche de la mise en œuvre des arrêts à « un organe de nature plus judiciaire, séparé du Comité des Ministres ou sous l'autorité déléguée de celui-ci », une judiciarisation étant souvent interprétée comme un facteur de démocratisation.

droits humains (FIDH) dans son Guide pratique de 2010[33] pour comprendre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

Selon les dispositions de l'article 30 du Protocole, lorsqu'un arrêt est rendu à l'encontre d'un État, celui-ci s'engage à s'y conformer et « à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour ». Or, aucune mesure de contrainte n'est prévue dans le Protocole pour veiller à leur exécution effective. En effet, conformément au droit international général[34], l'obligation d'exécution, fondée sur le principe de bonne foi, est liée à la ratification ou à l'adhésion d'un État à un instrument international[35], en l'espèce le Protocole. Cependant, force est de constater qu'à ce jour, sur les 34 États membres de l'Union africaine ayant ratifié le Protocole établissant la Cour africaine, seuls huit ont déposé une déclaration[36] reconnaissant la compétence de la Cour pour recevoir des requêtes introduites directement par des individus et des organisations non gouvernementales[37].

Sur ce point, ni la Charte africaine, ni son Protocole additionnel ne contiennent de clauses respectivement sur la question de la dénonciation de la Charte et du retrait de la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour africaine. Ces termes de dénonciation d'un traité ou de retrait d'une déclaration renvoient à « une manifestation de volonté imputable à un seul sujet de droit international et susceptible de produire des effets juridiques dans l'ordre international »[38]. Du mutisme de la Charte africaine et de son Protocole sur ces points, il a été déduit que les États parties avaient la possibilité de dénoncer la Charte, voire de retirer à tout moment leur déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour africaine pour recevoir des plaintes individuelles. C'est ainsi que, à la suite de décisions leur déplaisant, le Rwanda, la Tanzanie, le Bénin et la Côte d'Ivoire ont

[33] S. BELHASSEN (dir.), *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (…)*, *op. cit*., p. 128. Voir aussi J. É. TIEHI, « L'exécution minimaliste de l'arrêt de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire *Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. République de Côte d'Ivoire* : *much ado about nothing*? », *La Revue des droits de l'homme*, vol. 18, 2020.

[34] On trouve des dispositions relatives à l'obligation d'exécuter les décisions d'une juridiction internationale en droit comparé aux termes de l'article 46, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 68, § 1, de la Convention américaine des droits de l'homme.

[35] Voir l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, selon lequel « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Voir aussi É. LAMBERT ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (…) », *op. cit*.

[36] Selon l'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 ». L'article 34, § 6, du Protocole, précise : « 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 vertu de l'article 5(3) intéressant un État partie qui n'a pas fait une telle déclaration ».

[37] Source : site de la Cour ADHP, https://www.african-court.org/ (au 15 février 2025).

[38] J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit*., p. 31.

successivement procédé à de tels retraits[39]. Ces retraits, bien qu'attestant de la souveraineté des États, répondent très clairement à une démarche politique de ces États et peuvent être interprétés comme un retour en arrière en matière de protection des droits de l'homme en Afrique.

Le système africain de protection des droits de l'homme relève avant tout de l'ordre juridique international. À ce titre, il repose largement sur le consensualisme étatique. Certains États perçoivent cependant la Cour africaine comme une atteinte à leur souveraineté. En effet, lorsqu'une décision leur est défavorable, des États retardent la mise en œuvre des mesures ordonnées par la Cour ou manifestent une opposition explicite à leur exécution. Ainsi, l'inexécution d'une décision de la Cour africaine, en plus de générer de nouveaux conflits indépendants de celui ayant donné lieu à la condamnation, entraîne d'autres conséquences. En effet, des inexécutions répétées peuvent encourager d'autres États condamnés à adopter des comportements similaires, ce qui met en évidence les limites de la Cour africaine dans son rôle d'organe judiciaire efficace pour le continent.

Certainement, en l'absence de véritables sanctions face aux multiples inexécutions des décisions de la Cour africaine, le modèle de contrôle politique choisi par le système régional en Afrique présente un risque. À titre illustratif, aucune sanction n'a été retenue à l'encontre de la Côte d'Ivoire qui n'avait pas respecté la décision de la Cour africaine en 2017 dans l'affaire *Kouadio Kobena Fory c. République de Côte d'Ivoire*[40]. En l'espèce, la Cour a condamné la Côte d'Ivoire pour avoir violé le droit du requérant d'être entendu dans un délai raisonnable, tel que garanti à l'article 7, § 1, d), de la Charte et lui a ordonné de verser la somme de 45 millions de francs CFA pour avoir violé sa propre législation en matière de droits de l'homme, sentence qui n'a pas été suivie d'effet.

Comme l'a souligné Mamadou Hébié, le faible taux d'exécution des décisions de la Cour africaine peut s'expliquer non seulement par la nature des affaires, dont beaucoup aboutissent à des décisions d'irrecevabilité, mais aussi par le nombre limité d'affaires qui lui sont soumises. En effet, créée en 1998 et opérationnelle depuis 2006, la Cour africaine a connu un total de 366 affaires contentieuses[41]. En 2008, au moment où cette Cour connaissait sa première requête[42], la Cour européenne avait déjà rendu 1 543 arrêts, contre environ 200 arrêts pour la Cour interaméricaine[43]. Concernant la Cour

[39] Le Rwanda a retiré sa déclaration le 24 février 2016, la Tanzanie le 14 novembre 2019, le Bénin le 24 mars 2020 et, enfin, la Côte d'Ivoire le 28 avril 2020. Pour de plus amples informations, voir K. KOUAME, E. J. TIEHI, « Le *Civexit* ou le retrait par la Côte d'Ivoire de sa déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : un pas en avant, deux pas en arrière », *La Revue des droits de l'homme*, vol. 21, 2022.

[40] Cour ADHP, *Kouadio Kobena Fory c. République de Côte d'Ivoire*, requête n° 034/2017, arrêt du 2 décembre 2021.

[41] Source : site de la Cour ADHP, https://www.african-court.org/cpmt/fr/statistic (au 2 juin 2026).

[42] Cour ADHP, *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal*, requête n° 001/2008, arrêt du 15 décembre 2009.

[43] Voir É. LAMBERT ABDELGAWAD, « L'exécution des décisions des juridictions internationales des droits de l'homme : vers une harmonisation des systèmes régionaux », *Anuario colombiano de derecho internacional*, vol. 3, 2010, pp. 7-283.

européenne, s'agissant de la juridiction régionale la plus ancienne, il semble normal qu'elle ait cumulé à son actif le plus grand nombre d'arrêts.

Certes, la mise en place de la Cour africaine constitue une avancée majeure dans le système africain de protection des droits de l'homme puisqu'aux termes du Protocole, cette juridiction peut ordonner, lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples « *toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation,* y compris l'octroi d'une juste indemnité »[44]. De même, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, la Cour africaine a le pouvoir de prendre des mesures conservatoires[45], provisoires et nécessaires, afin d'éviter que soient causés des dommages irréparables à une victime potentielle dans les cas d'extrême gravité ou d'urgence.

Toutefois, au regard des réalisations des cours régionales homologues, il apparaît nécessaire de repenser le système africain, afin de l'adapter aux réalités du continent. À cet égard, en tant que juridiction la plus ancienne et assurant une protection complète des droits de l'homme, la Cour européenne peut servir de modèle, notamment en ce qui concerne le caractère effectivement contraignant de ses arrêts. En effet, dans le système européen, le Comité des Ministres a instauré un mécanisme de responsabilité collective. Dès qu'un arrêt lui est transmis, il est inscrit à son ordre du jour. Le Comité invite l'État condamné à l'informer des mesures prises pour exécuter l'arrêt et veille à s'assurer du versement des compensations dues, en en vérifiant l'exécution par voie de preuve écrite. Il peut également exiger de l'État la preuve de l'adoption de mesures générales destinées à éviter la répétition de violations futures.

Outre cette procédure de contrôle bien établie, le Comité des Ministres dispose également de moyens de contrainte, tels que l'adoption de résolutions[46], conformément aux Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des règlements amiables[47], ou encore la menace de l'application de l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe[48].

---

[44] Article 27, § 1, du Protocole de 1998 ou article 45 du Protocole de 2008 « Réparation » (nous soulignons).

[45] Article 27, § 2, du Protocole de 1998 ou article 35 du Protocole de 2008 « Mesures conservatoires ».

[46] Cette pratique a été inaugurée avec l'affaire *Ben Yaacoub c. Belgique* (27 novembre 1987, Série A n° 127-A, Résolution intérimaire DH (88) 13 du 29 septembre 1988 et Résolution finale DH (92) 58 du 10 novembre 1992), puis a été réitérée dans l'affaire *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis,* (Résolution intérimaire DH (96) 251), où le Comité des Ministres s'est opposé à la proposition de la Grèce de 5 versements annuels de 1996 à 2000, obtenant des autorités grecques le paiement d'intérêts moratoires pour garantir la valeur de la satisfaction équitable (Résolution finale DH (97) 184 du 20 mars 1997).

[47] Voir les règles 16 et 17 des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables.

[48] Statut du Conseil de l'Europe, article 8 : « Tout Membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'article 3 [sur la prééminence du droit et les droits de l'homme et les libertés fondamentales] peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des Ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'article 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le Membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même ».

Sur le modèle du système européen de protection des droits de l'homme, le système africain devrait établir une procédure claire pour l'exécution des arrêts de la Cour africaine. L'exécution volontaire et de bonne foi, prévue par les textes, d'une part, et l'absence de mécanismes de sanction prévus par le Protocole à l'encontre des États récalcitrants, d'autre part, constituent de véritables faiblesses du système africain. Aussi serait-il plus judicieux de mettre en place un organe impartial qui, à l'instar de ce qui est proposé dans l'Acte constitutif de l'Union africaine[49], ou de l'article 46, § 5, du Protocole sur le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme de 2008, peut imposer des sanctions pécuniaires, économiques ou commerciales, voire diplomatiques[50] contre les États qui ne respecteraient pas les décisions de la Cour ou de l'Union africaine

[49] Acte constitutif de l'Union africaine de 2000, article 23.

[50] Au titre des sanctions, un État pourrait être privé de son droit de participer aux réunions ou activités de l'organisation ou de son droit de tirer profit, de quelque manière que ce soit, d'un service ou d'une activité de celle-ci, s'il n'en respecte pas les principes et objectifs comprenant notamment le respect des droits de l'homme et des peuples.

INTÉGRATION SOUS-RÉGIONALE ET LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES ET DES BIENS : LE CAS DE LA CEMAC

Christian GAMALEU KAMENI

Avocat, CG AVOCATS, Barreau de Sarreguemines
Chargé d'enseignement à l'Université de Bourgogne Europe et au CNAM Grand Est

La dynamique observée à travers le monde depuis plusieurs années montre que le regroupement des États[1] constitue un moyen important pour faire face à diverses difficultés, qu'elles soient d'ordre économique[2], sécuritaire[3] ou même environnemental[4]. Il peut également servir de levier pour la mise en œuvre de politiques communes dans des domaines bien définis. Enfin, le regroupement des États peut se présenter comme un outil facilitant le rapprochement et la mobilité des ressortissants des pays concernés. Cette idée se trouve illustrée par de nombreux exemples à travers le monde. En Europe, en Asie, en Amérique du Nord et en Amérique du Sud existent respectivement l'Union européenne[5], l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN)[6], l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) et le Marché commun du Sud (MERCOSUR)[7]. Ces organisations ou mécanismes de coopération régionale, qui présentent des degrés d'intégration variables, ont notamment pour objectif de faciliter les échanges entre leurs membres, afin de promouvoir le développement socio-économique de leurs peuples.

---

[1] Pour F. EPOMA, « l'une des raisons principales qui incitent les pays à procéder à l'intégration de leur économie, c'est la conscience que les problèmes de développement socio-économiques de chacun des États requièrent des solutions qui ne peuvent être trouvées dans le seul cadre d'un État pris isolément, mais de manière globale » (*L'intégration économique sous-régionale en Afrique : l'exemple de l'Afrique centrale*, thèse de doctorat en droit, Université de Reims Champagne Ardenne, 2005, p. 17). Toutefois, pour I. K. SOUARÉ, 2007, « en Afrique, la capacité économique des différents pays, pris individuellement, est très faible et loin d'être compétitive sur le marché mondial » (« Regard critique sur l'intégration africaine. Comment relever les défis », *Institut d'études de sécurité*, juin 2007, p. 141).

[2] Les crises économiques.

[3] La criminalité internationale et transfrontalière, ainsi que les trafics internationaux.

[4] Les catastrophes naturelles.

[5] L'UE est une organisation régionale composée de 27 États membres, créée en 1993 par le Traité de Maastricht, succédant à la Communauté économique européenne fondée en 1957.

[6] L'ASEAN est une organisation régionale composée de 10 États membres (Indonésie, Malaisie, Philippines, Singapour, Thaïlande, Brunei, Vietnam, Laos, Myanmar, Cambodge), créée en 1967 par la Déclaration de Bangkok.

[7] Le MERCOSUR est une organisation régionale créée en 1991 par le Traité d'Asunción, regroupant l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay ; le Venezuela est membre suspendu et la Bolivie en processus d'adhésion.

Cet élan de communautarisation n'est pas absent du continent africain, où existe une synergie entre les États et les peuples en vue d'objectifs précis. Hormis l'Union africaine, qui demeure le plus grand regroupement d'États africains, le continent se caractérise par la mise en place de diverses communautés économiques sous-régionales, telles que la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)[8], la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC)[9], le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (Common Market for Eastern and Southern Africa, COMESA)[10], l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA)[11], la Communauté de développement de l'Afrique australe (*Southern African Development Community*, SADC)[12], l'Union du Maghreb arabe (UMA)[13] ou encore la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC)[14]. Cette dernière institution, créée en 1994, regroupe six pays : le Cameroun, la République centrafricaine, la République du Congo, le Gabon, la Guinée équatoriale et le Tchad. Créée pour pallier les insuffisances de l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (UDEAC)[15], elle a pour objectif de favoriser l'intégration des peuples de la Communauté par la promotion d'un développement harmonieux de ses États membres, dans le cadre d'un marché commun fondé sur la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes.

[8] La CEDEAO est une organisation régionale créée par le Traité de Lagos du 28 mai 1975, regroupant le Bénin, le Burkina Faso, le Cap-Vert, la Côte d'Ivoire, la Gambie, le Ghana, la Guinée, la Guinée-Bissau, le Libéria, le Mali, le Niger, le Nigeria, le Sénégal, la Sierra Leone et le Togo ; elle est entrée en vigueur le 3 mai 1976.

[9] La Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC) est une organisation régionale créée en 1983 par le Traité de Libreville et révisée en 1999. C'est une Communauté ou une organisation ayant pour objectif le développement économique, social et culturel de l'Afrique en vue de la création des structures régionales pouvant progressivement aboutir à un Marché commun.

[10] Le COMESA est une organisation régionale créée en 1994. C'est une communauté économique régionale en Afrique avec vingt et un États membres s'étendant de la Tunisie à l'Eswatini.

[11] L'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) est une organisation régionale qui regroupe huit (8) pays d'Afrique de l'Ouest, à savoir, le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. L'UEMOA a été créée en 1994 dans le but de promouvoir l'intégration économique et monétaire entre ses membres.

[12] La Communauté de développement d'Afrique australe -- *SADC*, - *Southern African Development Community*) est une organisation qui vise à promouvoir le développement économique de l'Afrique australe.

[13] L'UMA est une organisation régionale créée en 1989 par le Traité de Marrakech, regroupant 5 États membres.

[14] La CEMAC est une organisation régionale créée en 1994 par le Traité de N'Djamena, regroupant 6 États membres. Concernant cette institution, voir notamment : P. LIBONG BADJAN, *Réformes institutionnelles de la CEMAC*, Paris, L'Harmattan, 2013 ; Moustapha KASSE, D. E. AKOÉTÉ AGBODJI, M. M. A. NDINGA (dir.), *Économies de la CEMAC : croissance économique, intégration régionale, capital humain, emplois et pauvreté*, Paris, L'Harmattan, 2020.

[15] L'UDEAC est une organisation régionale créée en 1964 par le Traité de Brazzaville, regroupant 6 États membres. Pour une étude de cette union, voir notamment A. ZOZIME TAMEKAMTA, *Le Cameroun à l'UDEAC : bilan et perspectives d'une gestion administrative contestée à l'ère du renouveau*, Paris, L'Harmattan 2011.

Comme l'indique le préambule du Traité révisé de la CEMAC, les États membres se déclarent « résolus à donner une impulsion nouvelle et décisive au processus d'intégration en Afrique centrale par une harmonisation accrue des politiques et des législations [nationales] ». Cet objectif conduit à une interrogation particulièrement actuelle : le processus d'intégration en Afrique centrale est-il réellement effectif ? Une réponse définitive pourrait paraître prématurée ; toutefois, l'analyse de cette question requiert, au préalable, la définition précise des concepts clés de l'étude, notamment les notions d'intégration sous-régionale et de libre circulation des personnes et des biens.

Il convient de rappeler que le terme « intégration » dérive du verbe intégrer[16], qui signifie faire entrer dans un ensemble en tant que partie prenante. Sur le plan juridique, l'intégration désigne un processus par lequel des États mettent en commun ou transfèrent certaines de leurs compétences à une organisation internationale, afin de poursuivre des objectifs communs. Ce processus peut conduire à l'attribution de pouvoirs de décision à des institutions communes et, dans ses formes les plus avancées, à l'exercice de compétences supranationales. En tant qu'outil visant à mutualiser les expériences, les atouts et les ressources, l'intégration peut être régionale ou sous-régionale selon l'espace géographique dans lequel elle est mise en œuvre.

S'agissant du concept de « circulation », ce terme renvoie au verbe « circuler ». Littéralement, circuler signifie se mouvoir dans un circuit fermé ou encore se déplacer sur des voies de communication[17] ; il peut également désigner le fait d'aller et venir[18]. Cette dernière acception se rapproche de l'objet de la présente étude. En effet, la liberté d'aller et de venir constitue une liberté fondamentale, reconnue notamment par la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) de 1948, en son article 13[19], et par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, en son article 12[20].

L'expression « libre circulation des personnes et des biens » renvoie à la mobilité et au déplacement sans entraves des personnes et des biens à l'intérieur d'un espace géographique déterminé. Dans la sous-région d'Afrique centrale correspondant à la zone CEMAC, la libre circulation des personnes confère aux ressortissants des États membres de la communauté la

[16] *Dictionnaire actuel de langue française*, Paris, Flammarion, 1995, p. 599.
[17] *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2013, p. 220.
[18] *Dictionnaire actuel de langue française*, *op. cit.,* p. 213.
[19] DUDH, article 13 : « Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».
[20] Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 12 : « 1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques. 3. Toute personne a le droit, en cas de persécution, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger conformément à la loi de chaque pays et aux conventions internationales. 4. L'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi. 5. L'expulsion collective d'étrangers est interdite. L'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques et religieux ».

possibilité de se déplacer et de séjourner sur le territoire des autres États membres conformément aux lois, règlements et procédures de l'État membre d'accueil[21]. Elle doit être distinguée du droit d'établissement[22], qui permet aux ressortissants des États membres de la CEMAC de s'installer durablement dans un autre pays de la sous-région.

La libre circulation des biens, quant à elle, s'appréhende notamment à travers la suppression des visas entre États membres, le droit d'établissement, le droit d'installation et la mobilité facilitée des citoyens des pays concernés Outre cette suppression de visas, le processus d'intégration régionale en Afrique centrale – conçu comme bénéfique aux populations de la communauté – se manifeste également par l'harmonisation des politiques sectorielles communes. Cela permet à chaque État de mettre en œuvre, dans des domaines tels que l'agriculture, les affaires sociales ou l'économie, une politique concertée au sein de la communauté, garantissant ainsi un traitement identique à l'agriculteur, au citoyen ou à l'opérateur économique quel que soit l'État membre où il se trouve.

L'étude de l'intégration sous-régionale et de la libre circulation des personnes et des biens dans la zone CEMAC[23] met en lumière une problématique essentielle, qui demeure une préoccupation constante pour les populations de cette partie de l'Afrique : celle du déplacement réel et effectif des marchandises et des personnes au sein de la communauté. Dès lors, l'intégration sous-régionale opérée par la CEMAC constitue-t-elle un levier efficace pour la mise en œuvre de la libre circulation des personnes et des biens ? Plus concrètement, les citoyens perçoivent-ils, dans leur vie quotidienne, les effets tangibles de cette intégration sous-régionale ? Au-delà de la question du libre déplacement, ces interrogations renvoient à une autre problématique centrale : celle de l'application effective de la norme communautaire par les États signataires du Traité.

Au vu de ce qui précède, le processus d'intégration sous-régionale dans la zone CEMAC peut être envisagé sous différents angles. La présente étude ne se livrera ni à un bilan exhaustif ni à une analyse prospective de ce processus[24] ; elle se concentrera plutôt sur la question de l'effectivité de la libre circulation des personnes et des biens. Cette focalisation se justifie d'autant plus que, lors des dernières rencontres des chefs d'État de la CEMAC, la mise en œuvre concrète de l'intégration a été réaffirmée à travers la promotion de la libre circulation des personnes et des biens, associée à une lutte renforcée contre les mouvements terroristes. Partant de ce constat, il

[21] Voir l'Acte additionnel n° 1/13-CEMAC-070 U-CCE-SE du 25 juin 2013, portant suppression du visa pour tous les ressortissants de la CEMAC circulant dans l'espace communautaire.

[22] Voir A. SOMMO PENDE, *L'intégration sous-régionale CEMAC à l'épreuve de la libre circulation des biens et des personnes*, mémoire de master, Université catholique d'Afrique centrale, 2010, p. 7.

[23] Voir S. LOUNGOU, « La libre circulation des personnes au sein de l'espace CEMAC : entre mythes et réalités », *Revue belge de géographie*, vol. 3, 2010, pp. 315-330.

[24] Voir : H. BEN HAMMOUDA, B. BEKOLLO-EBE, T. MAMA (dir.), *L'intégration régionale en Afrique centrale. Bilan et perspectives,* Paris, Karthala, 2003 ; Daniel ABWA, *Dynamiques d'intégration régionale en Afrique centrale*, Yaoundé, Presses universitaires de Yaoundé, 2001.

apparaît que l'intégration sous-régionale au sein de la CEMAC constitue un facteur indéniable de la libre circulation des personnes et des biens (I). Ce facteur demeure néanmoins fragile (II), ce qui souligne l'impérieuse nécessité de le consolider (III).

I.- L'intégration sous-régionale en zone CEMAC : facteur indéniable de la libre circulation des personnes et des biens

L'intégration sous-régionale en Afrique centrale est-elle une réalité ? La réponse est, sans conteste, affirmative. Plus encore, au sein de la CEMAC, elle constitue un facteur déterminant de la libre circulation des personnes et des biens. Plusieurs éléments viennent conforter cette assertion. Dans le cadre de cette analyse, il convient, d'une part, de présenter les mesures institutionnelles mises en place pour favoriser cette libre circulation (A) et, d'autre part, de mettre en lumière les dispositifs juridiques applicables au transport des personnes et des biens (B).

A.- Les mesures institutionnelles favorisant la libre circulation des personnes et des biens

Le processus d'intégration dans la sous-région d'Afrique centrale, notamment au sein de la CEMAC, présente de fortes similitudes avec celui observé en Afrique de l'Ouest, en particulier dans le cadre de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA). Dans les deux cas, l'intégration repose sur des institutions politiques et judiciaires communes. En Afrique centrale, il s'agit notamment du Parlement communautaire de la CEMAC et de la Cour de justice communautaire, dont la mission est de mettre en œuvre des politiques visant au développement socio-économique des peuples de la communauté.

La question qui se pose alors est la suivante : quelles sont les principales mesures institutionnelles mises en place pour favoriser la libre circulation des personnes et des biens ?

Afin de permettre le déplacement réel des personnes dans la sous-région d'Afrique centrale, les autorités communautaires ont pris diverses mesures. La première mesure significative réside dans la création du passeport CEMAC. Selon l'article 2 du Règlement n° 1/00-CEMAC-042-CM-04 portant institution et conditions d'attribution du passeport CEMAC, « le passeport CEMAC est délivré aux citoyens et ressortissants des États membres de la communauté dans les conditions habituelles de leur délivrance dans les États membres ». Bien que sa délivrance relève de la compétence de chaque État membre, ce document constitue un outil essentiel de mobilité au sein de l'espace communautaire.

En pratique, la détention d'un passeport ou d'une carte nationale d'identité en cours de validité délivrés par un État membre de la CEMAC permet, depuis la mise en œuvre progressive de l'Acte additionnel n° 01/13 à partir d'octobre 2017, de franchir les frontières intra-communautaires sans visa et d'être dispensé de certaines formalités administratives et policières,

sous réserve des contrôles et exigences documentaires de l'État d'accueil[25]. Les ressortissants peuvent, à ce titre, séjourner jusqu'à 90 jours sur le territoire d'un autre État membre[26].

Une deuxième mesure significative concerne la libre circulation des biens et des services, laquelle revêt avant tout une dimension économique. Afin de faciliter aux opérateurs économiques l'importation et l'exportation de marchandises dans la sous-région d'Afrique centrale, le législateur communautaire de la CEMAC a adopté la Charte des investissements. L'article 17, alinéa 1er, de ce texte permet aux États membres de mettre en place un tarif extérieur commun, appliqué de manière uniforme aux marchandises originaires d'un État tiers. En revanche, le taux des droits de douane applicable aux produits d'origine communautaire est fixé à zéro, ce qui permet à ces produits de circuler librement, sans contraintes ni restrictions douanières.

D'autres mesures institutionnelles contribuent également à la libre circulation des personnes et des biens, telles que l'harmonisation de la taxe sur la valeur ajoutée dans l'ensemble de la sous-région[27] ou encore la mise en place de moyens de transport adaptés[28].

Au-delà de ces mesures institutionnelles, il convient de relever que les dispositifs juridiques en vigueur dans la zone CEMAC attestent, eux aussi, du caractère tangible de la libre circulation des personnes et des biens.

B.- Les dispositifs juridiques en matière de transport des personnes et des biens

Circuler sans restriction au cœur de l'Afrique centrale n'est pas un vœu pieux, mais tend à devenir une réalité tangible pour les citoyens de cet espace communautaire, même si sa mise en œuvre demeure inégale, en raison de pratiques hétérogènes et de contrôles persistants aux frontières. Qu'un individu soit originaire du Cameroun, de la Centrafrique, du Congo (Brazzaville), du Gabon, de la Guinée équatoriale ou du Tchad, il bénéficie d'un cadre juridique lui permettant de se déplacer aisément au sein de la communauté.

Les instruments applicables au transport, notamment des marchandises, attestent l'existence d'un socle normatif régional en faveur de la libre circulation des personnes et des biens. Cette réalité demeure avant tout juridique, plus que pleinement opérationnelle : la plupart des modes – aérien, terrestre, maritime – sont encadrés, tandis que le ferroviaire demeure

[25] Acte additionnel n° 01/13-CEMAC U-CCCE-SE portant suppression du visa pour tous les ressortissants de la CEMAC circulant dans l'espace communautaire, article 1.
[26] *Idem.*
[27] Directive n° 01/99/CEMAC-028-CM-03 du 17 décembre 1999 portant harmonisation des législations des États membres en matière de TVA et de droit d'accises.
[28] Voir J.-C. ROBENATE, *Les politiques de transport routier dans la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale, thèse de doctorat en droit*, Université Lumière Lyon 2, 2009.

le maillon faible et que la mise en œuvre varie sensiblement d'un État à l'autre[29].

Le Code de la marine marchande de la CEMAC régit le transport maritime dans la sous-région. Ses dispositions, notamment l'article 153, s'appliquent « aux navires des États membres de la CEMAC (…), exception faite des navires de guerre, de transport de troupes, des navires réquisitionnés et affectés aux transports maritimes de défense, des navires de l'État armé par des personnels militaires ». Le texte ne précise pas explicitement la catégorie des navires visés. Toutefois, une lecture *a contrario*, combinée à l'emploi du qualificatif « marchande », permet de conclure qu'il s'agit de navires commerciaux transportant des marchandises. Dès lors, quel que soit leur lieu de fabrication, les biens peuvent être acheminés d'un point à un autre de la sous-région, contribuant ainsi à la mise en œuvre d'un marché commun.

La thèse de la libre circulation des biens en Afrique centrale est également confortée par le dispositif juridique relatif au transport terrestre des marchandises. Dans les espaces CEMAC et UEMOA[30], l'Acte uniforme de l'OHADA[31] sur le contrat de transport de marchandises par route harmonise le régime contractuel du transport routier de marchandises, facilitant la sécurité juridique des échanges, la liberté de circulation relevant, pour sa part, des règles douanières et de transit propres à la CEMAC. Au-delà de cet aspect, il offre aux opérateurs économiques établis dans la sous-région la possibilité de commercialiser leurs produits sans subir de restrictions fiscales ou douanières particulières.

S'agissant, enfin, du transport aérien, le dispositif communautaire a conduit à la création de la compagnie sous-régionale Air CEMAC[32]. Toutefois, la compagnie n'a jamais été pleinement opérationnelle et le projet a été formellement abrogé par l'Acte additionnel n° 02/19-CEMAC-066-CCE-14 du 1er avril 2019. En conséquence, Air CEMAC n'a pas pu jouer le rôle attendu de vecteur fiable de mobilité des fonctionnaires, travailleurs et citoyens de la sous-région. La desserte aérienne intra-CEMAC repose désormais sur des transporteurs nationaux ou régionaux, selon les régimes fiscaux et douaniers applicables et les instruments communautaires en vigueur.

L'ensemble des éléments évoqués met en évidence que l'intégration sous-régionale, telle qu'elle est mise en œuvre en Afrique centrale, constitue un vecteur de la libre circulation des personnes et des biens. Cette réalité doit toutefois être nuancée, certaines situations fragilisant encore le processus d'intégration au sein de la CEMAC.

---

[29] Voir H. BEN HAMMOUDA, *Les transports et l'intégration régionale en Afrique*, Paris, Maisonneuve & Larose, 2004.

[30] Sur la question de la libre circulation des marchandises en zone UEMOA, voir O. BOUGOUMA, *La libre circulation des marchandises en droit communautaire européen et UEMOA*, thèse de doctorat, Université de Rouen, 2013.

[31] Voir : V.-E. BOKALLI ; D. COSSI SOSSA, *OHADA - Droit des contrats de transport de marchandise par route*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; et pour une analyse critique de ce dispositif, J. A. BATOUAN BOUYOM, *Le droit OHADA sur le transport des marchandises par route : approche critique, prospective et comparative*, thèse de doctorat en droit, Université de Nantes, octobre 2007.

[32] Acte additionnel n° 02/01-CEMAC-066-CE-03.

II.- L'intégration sous-régionale en zone CEMAC : facteur fragile de la libre circulation des personnes et des biens

Il ne fait aucun doute que l'intégration sous-régionale en Afrique centrale est une réalité. Sur le plan juridique, diverses mesures et dispositifs en témoignent. En revanche, sur le plan politique, cette intégration dans la zone CEMAC apparaît fragilisée : instabilités, tensions politiques et mouvements terroristes l'ébranlent. Ces difficultés relèvent d'abord de fragilités d'ordre politique (A), mais d'autres facteurs (B) viennent également compromettre ce processus d'intégration.

A.- Les fragilités d'ordre politique

Les accords d'intégration régionale peuvent prendre diverses formes : accord commercial préférentiel, zone de libre-échange, union douanière ou marché commun[33]. Ces instruments impliquent que les États transfèrent certaines compétences souveraines aux entités communautaires. Faut-il pour autant considérer que ces accords signifient un abandon de souveraineté ? La réponse est négative : la souveraineté d'un État reste manifeste tout au long du processus d'intégration et demeure le vecteur de sa puissance[34].

En Afrique, et particulièrement dans la sous-région d'Afrique centrale, la souveraineté de certains États est parfois fragilisée par des revendications identitaires et par l'action de mouvements terroristes[35]. Dans quelle mesure ces facteurs constituent-ils des obstacles à l'intégration sous-régionale et, par conséquent, à la libre circulation des personnes et des biens ?

D'entrée de jeu, il convient de souligner que les revendications identitaires ne constituent pas les seuls freins d'ordre politique au processus d'intégration en zone CEMAC. Les conflits armés, les crises post-électorales, les coups d'État et, plus récemment, les actions terroristes fragilisent considérablement l'intégration sous-régionale en Afrique centrale, en raison du climat d'insécurité qu'ils engendrent.

Lors de tels conflits, l'État – personne morale de droit public, investie d'une mission d'intérêt général et signataire du Traité instituant la CEMAC – peut perdre la maîtrise effective de son territoire (terre, mer et air). Il devient alors incapable d'assurer pleinement ses missions régaliennes, au premier rang desquelles figure la sécurité des personnes et des biens. Dans ce contexte, tout ou partie du territoire peut se retrouver sous le contrôle de groupes armés non étatiques. Dépourvus de toute reconnaissance juridique internationale, ces groupes portent fréquemment atteinte aux règles du droit international et du droit communautaire, commettant des actes de barbarie et

[33] Voir F. EPOMA, *L'intégration économique sous-régionale en Afrique : l'exemple de l'Afrique centrale*, *op. cit*., p. 23.
[34] Voir A. OUAMBA DIASSIVY, *La souveraineté de l'État et l'intégration sous-régionale en Afrique centrale*, mémoire de master, Institut des Relations Internationales du Cameroun, Université de Yaoundé II, 2009.
[35] Voir A. F. AHOKEGH, « Boko Haram: A 21st Century Challenge in Nigeria », *European Scientific Journal*, vol. 8, 2012, pp. 46-55.

des violences à l'encontre des populations civiles. Dans de telles circonstances, la libre circulation des personnes ne peut plus être assurée et celle des marchandises devient, *a fortiori*, quasi impossible.

L'une des principales fragilités de l'intégration sous-régionale en zone CEMAC réside dans la survenance de coups d'État – ou putschs – qui visent à renverser les autorités établies, afin de s'emparer du pouvoir[36]. Si les motivations peuvent varier, en Afrique centrale, ce type de rupture institutionnelle engendre presque toujours une instabilité politique qui affecte directement le quotidien des populations. Les conséquences sont multiples : ralentissement ou arrêt des activités économiques, perturbation du transport des marchandises, et restriction de la liberté d'aller et de venir, tant pour les citoyens nationaux que pour les ressortissants des autres États membres. Ces restrictions découlent souvent de mesures exceptionnelles prises par les nouvelles autorités de fait, telles que la fermeture des frontières, l'instauration de couvre-feux ou la suspension des liaisons commerciales – autant de mesures qui conduisent à reconnaître « l'instabilité politique » comme « l'un des principaux obstacles aux projets d'intégration en Afrique », faute de permettre « la libre circulation des biens ou des commerçants entre les différents pays d'une région en proie aux conflits armés »[37].

L'exemple des coups d'État successifs en République centrafricaine – notamment celui ayant renversé le président François Bozizé en mars 2013 – illustre parfaitement cet impact : les zones sous contrôle militaire ont été marquées par une insécurité manifeste[38], paralysant les échanges commerciaux avec les autres pays de la sous-région[39].

Même s'il convient de reconnaître, avec un auteur, que la mise en œuvre effective de la libre circulation demeure difficilement envisageable tant que les États de la CEMAC peinent à se démocratiser réellement[40], il faut également souligner que cette effectivité peut être fragilisée par l'attitude égoïste de certains gouvernants. À cela s'ajoutent diverses autres fragilités qui contribuent à réduire la portée réelle de ce droit fondamental.

B.- Les autres fragilités

Des réflexions ont été menées sur la libre circulation des personnes en Afrique centrale et en Afrique de l'Ouest[41]. Il en ressort que le citoyen *lambda*

---

[36] Voir notamment : E. YOLAL, *Le coup d'État en droit international*, thèse de doctorat en droit, Université Lyon III, 2023 ; N. Cl. V. N'GBESSO, Recherche sur la notion de coup d'État en droit public. Le cas de l'Afrique francophone, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2018.

[37] I. K. SOUARE, « Regards critiques sur l'intégration africaine. Comment relever les défis », *op. cit*., p. 146.

[38] Ces zones peuvent être des zones frontalières ou zones intra-étatiques.

[39] Il faut noter qu'en raison de l'absence de port maritime en République centrafricaine, les produits et marchandises à destination de ce pays sont acheminés par voie routière après avoir été déchargés dans les ports des pays de la sous-région, notamment du Cameroun.

[40] Voir A. SOMMO PENDE, *L'intégration sous-régionale CEMAC à l'épreuve de la libre circulation des biens et des personnes*, *op. cit.*, p. 60.

[41] Voir S.-P. ZOGO NKADA, « La libre circulation des personnes : réflexions sur l'expérience de la CEMAC et la CEDEAO », *Revue internationale de droit économique*, vol. 25, 2011, pp. 113-136.

de la communauté ouest-africaine peut circuler plus aisément dans sa sous-région que celui d'Afrique centrale. Qu'est-ce qui explique cette nette différence ? Autrement dit, quels sont les autres freins au processus d'intégration en zone CEMAC ?

Les obstacles sont nombreux. En premier lieu, le réseau de transport en Afrique centrale est de piètre qualité. Des infrastructures dégradées entravent sérieusement le déplacement des personnes et, *a fortiori*, celui des marchandises. Dans ses travaux, Achille Sommo Pende présente des chiffres particulièrement évocateurs : le réseau routier principal de la zone CEMAC s'étend sur 57 858 km, dont seulement 12 % sont bitumés. La sous-région affiche ainsi une faible densité routière de 1,9 km de routes pour 100 km² de territoire[42]. Ces données traduisent la difficulté rencontrée par le citoyen *lambda* pour se déplacer au sein de la communauté, difficulté encore accrue lorsque les conditions météorologiques se détériorent, particulièrement lors de la saison pluvieuse qui rend parfois impossible le transport d'une marchandise d'un point à un autre de la sous-région.

Dans le même ordre d'idées, il convient de rappeler que la compagnie communautaire Air CEMAC, créée par l'Acte additionnel n° 02/01-CEMAC-066-CE-03 du 8 décembre 2001, n'a jamais été pleinement opérationnelle. Cette situation illustre que la libre circulation des citoyens, des fonctionnaires et des opérateurs économiques de la sous-région n'a pas pu être assurée par ce mode de transport. L'Acte additionnel n° 02/19-CEMAC-066-CCE-14 du 1er avril 2019 a officiellement abrogé l'acte de 2001, mettant ainsi un terme institutionnel à cette initiative sur décision de la Conférence des chefs d'État, après avis du Conseil des ministres de l'UEAC.

En second lieu, la question des visas a connu des avancées notables. L'Acte additionnel n° 01/13-CEMAC-070 U-CCE-SE du 25 juin 2013 supprime le visa pour les ressortissants des États membres, et sa mise en œuvre a été matérialisée à partir d'octobre 2017 par des circulaires nationales[43]. En pratique, l'entrée sans visa pour des séjours de courte durée (généralement jusqu'à 90 jours) sur présentation d'une carte d'identité nationale ou d'un passeport est désormais la règle dans l'espace CEMAC. Des frictions subsistent toutefois – contrôles aux frontières, exigences documentaires, hétérogénéité des pratiques et limites de durée de séjour –, qui continuent de freiner la libre circulation effective des personnes et des biens malgré le cadre juridique commun.

Aux arguments précédemment évoqués s'ajoute la difficile application des principes fondateurs de la CEMAC. Selon le préambule du Traité révisé de la CEMAC, les gouvernements sont censés mettre leurs ressources au service du « bien-être général de leurs peuples dans tous les domaines ». Or, dans la pratique, les intérêts des gouvernants ou des

[42] Voir A. SOMMO PENDE, *L'intégration sous-régionale CEMAC à l'épreuve de la libre circulation des biens et des personnes*, *op. cit.*, p. 56.

[43] Selon l'article 2 de l'Acte additionnel n° 01/13-CEMAC U-CCCE-SE portant suppression du visa pour tous les ressortissants de la CEMAC circulant dans l'espace communautaire, « la libre circulation prévue à l'article 1er du présent Acte additionnel comporte le droit de se déplacer sans visa et de séjourner dans tout autre État de la communauté pour une durée de quatre-vingt-dix (90) au plus ».

décideurs sont souvent privilégiés au détriment de ceux des citoyens de la communauté. Il convient également de souligner l'insuffisance des financements alloués au processus d'intégration en Afrique centrale, insuffisance qui se manifeste notamment par le reversement tardif des contributions aux organes communautaires[44].

Il apparaît ainsi que le processus d'intégration sous-régionale en zone CEMAC reste fragile, notamment en ce qui concerne la garantie de la libre circulation des personnes et des biens. Pour remédier à ces différentes faiblesses, il serait nécessaire d'envisager des mesures visant à renforcer et à perfectionner ce processus.

III.- L'intégration sous-régionale en zone CEMAC : facteur perfectible de la libre circulation des personnes et des biens

Comment améliorer le processus d'intégration en Afrique centrale afin qu'il serve véritablement le bien-être des peuples ? Ou encore, comment les politiques pourraient-elles agir pour transformer la sous-région CEMAC en une véritable zone de libre circulation des personnes et des biens ? La bonne gouvernance apparaît comme une réponse pertinente à ces interrogations. Celle-ci doit être mise en œuvre tant au niveau de chaque État (A) que de la communauté dans son ensemble (B).

A.- La bonne gouvernance au sein des États membres de la communauté

De prime abord, il convient de souligner que la thèse selon laquelle la bonne gouvernance constitue une solution pour favoriser une meilleure intégration régionale a été avancée par Issaka Souaré. Cet auteur part du postulat suivant : « la mauvaise gouvernance est la cause première de presque toutes les guerres civiles et des mouvements rebelles ou sécessionnistes sur le continent »[45]. Selon lui, le mécontentement des rebelles et des seigneurs de la guerre découle de l'avidité, de la mauvaise gouvernance des dirigeants ou de facteurs connexes. Il en conclut que la violence et la guerre que ces acteurs fomentent sont souvent justifiées par eux comme un moyen de rétablir leur « justice » face à des décideurs égoïstes.

Au regard de ce qui précède, il est possible d'adhérer partiellement à l'idée défendue par cet auteur, dans la mesure où la mauvaise gouvernance peut légitimement générer le mécontentement des citoyens au sein d'une communauté. Toutefois, elle ne saurait en aucun cas justifier le recours à la violence ou la création de mouvements illégitimes, quels que soient les objectifs poursuivis[46].

---

[44] Pour A. SOMMO PENDE, le reversement partiel et tardif des contributions des États membres créé un dysfonctionnement du financement de l'intégration sous-régionale dans la zone CEMAC (*L'intégration sous-régionale CEMAC à l'épreuve de la libre circulation des biens et des personnes*, *op. cit.*, p. 42).

[45] I. K. SOUARE, « Regards critiques sur l'intégration africaine. Comment relever les défis », *op. cit.,* p. 148.

[46] Il est fait référence aux mouvements rebelles, guerriers ou terroristes.

Cette analyse soulève une question essentielle : que recouvre exactement la notion de bonne gouvernance ? Et comment sa mise en œuvre au sein des États peut-elle contribuer à atteindre les objectifs d'intégration sous-régionale ?

L'expression « bonne gouvernance » combine le qualificatif « bonne » et le concept de « gouvernance ». Le qualificatif « bonne » renvoie à ce qui est approprié ou excellent[47]. Le concept de gouvernance peut être appréhendé de différentes manières ; dans ce contexte, il désigne un mode de gestion. La bonne gouvernance requise au sein des États membres de la sous-région correspond donc à une gestion appropriée de la chose publique. Cette gestion doit être guidée par la poursuite de l'intérêt général, c'est-à-dire de l'intérêt de tous les citoyens. Elle ne peut être effectivement réalisée que si certains principes fondamentaux sont respectés : efficacité, transparence, responsabilité et participation.

Dans la zone CEMAC, l'intégration sous-régionale ne pourrait pleinement garantir la libre circulation des personnes et des biens que si les gouvernants, au sein de chaque État membre, prennent des décisions conformes aux objectifs du Traité ratifié. En d'autres termes, la simple adoption d'actes par les décideurs visant l'application des objectifs du Traité apparaît insuffisante. Les décisions doivent être fondées sur des principes tels que l'efficacité, la transparence et un minimum de participation collective. Concrètement, afin que la libre circulation devienne réellement effective, les gouvernements doivent réduire l'opacité entourant la gestion des institutions publiques. La transparence dans la gestion de la chose publique favorisera, sans doute, l'efficacité de l'administration.

Par ailleurs, le déficit de démocratisation dans un État membre de la CEMAC peut-il constituer un obstacle à la bonne gouvernance, condition essentielle à l'intégration sous-régionale ? La réponse est manifestement positive. Même s'il faut reconnaître qu'« un ancrage profond du projet d'intégration à travers la libre circulation n'est envisageable qu'avec un approfondissement de l'ancrage démocratique dans les États membres »[48], nous soutenons la thèse selon laquelle la bonne gouvernance, traduite par la prise de décisions fondées sur la transparence, l'efficacité et la responsabilité, contribuerait à améliorer la circulation des personnes et des biens en zone CEMAC. Au même titre que la participation collective, ces principes devraient également guider la gouvernance au sein des institutions communautaires.

[47] *Le petit Robert*, Paris, Nouvelle édition millésime, 2013, p. 274.

[48] A. SOMMO PENDE, *L'intégration sous-régionale CEMAC à l'épreuve de la libre circulation des biens et des personnes*, *op. cit.*, p. 82. Pour I. K. SOUARE, « autant l'habitude du partage du pouvoir a servi à l'intégration régionale en Europe en facilitant la transition à des modes de direction supranationaux, autant son absence a, en Afrique, miné le processus » (« Regards critiques sur l'intégration africaine. Comment relever les défis », *op. cit*., p. 146).

B.- La bonne gouvernance au sein des institutions communautaires

L'observation des processus d'intégration réussis à travers le monde montre sans ambiguïté que ces processus se sont déroulés par étapes et selon les domaines concernés. Elle révèle également que la réussite de ces processus a reposé sur une excellente mise en œuvre des politiques prévues dans les accords d'intégration ou élaborées par les institutions communautaires. Cette observation peut être traduite par le concept de bonne gouvernance.

Dans la sous-région CEMAC, il convient de souligner que la bonne gouvernance, appliquée au sein des différentes institutions communautaires, peut contribuer de manière significative à l'effectivité de la libre circulation des personnes, des biens et des marchandises.

Rappelons que la CEMAC repose sur diverses institutions, parmi lesquelles : le Conseil des chefs d'État, chargé de définir la politique générale de la communauté ; le Conseil des ministres ; la Commission (organe exécutif) ; l'Union monétaire de l'Afrique centrale (UMAC)[49] ; la Cour de justice ; ainsi que la Commission de surveillance du marché financier de l'Afrique centrale (COSUMAF)[50], entre autres. Dans la mise en œuvre de leurs politiques et missions respectives, ces institutions exercent-elles une influence directe sur le citoyen communautaire ? Cette question demeure centrale pour évaluer l'impact réel de la gouvernance communautaire sur l'intégration sous-régionale.

Afin que les institutions communautaires puissent exercer une influence directe sur le citoyen *lambda* dans sa vie quotidienne, les États parties au Traité CEMAC doivent, dès le départ, leur transférer de manière effective certaines compétences régaliennes. À ce niveau, les responsables de ces institutions doivent mettre en pratique, conformément au préambule du Traité CEMAC révisé, l'intérêt des peuples. Ils doivent œuvrer pour une véritable harmonisation des politiques sectorielles communes, en les mettant au service des populations.

L'exemple le plus évocateur concerne le secteur des transports. Malgré le problème du financement insuffisant des organes communautaires[51], le principe d'efficacité devrait permettre aux institutions communautaires de se doter des infrastructures de transport appropriées, selon un programme d'action clairement défini dans le temps. Or, cette réalité n'est pas toujours manifeste. Au-delà du bitumage du réseau routier en Afrique centrale, il est légitime, dans une logique de bonne gouvernance, de

---

[49] Créée en 1990, l'UMAC regroupe les six États membres de la CEMAC (Cameroun, Centrafrique, Tchad, Congo, Gabon et Guinée équatoriale). Elle a pour principaux objectifs d'assurer la stabilité monétaire, de coordonner les politiques économiques et financières des États membres et de promouvoir l'intégration économique sous-régionale à travers l'usage commun du franc CFA et la surveillance des finances publiques.

[50] Pour l'étude des règles de marché financier dans l'espace communautaire de l'OHADA, voir D. KEUFFI, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2011.

[51] Selon I. K. SOUARE, un autre défi majeur à relever est le problème du financement pour assurer la réalisation des différents programmes d'intégration sur le continent (« Regards critiques sur l'intégration africaine. Comment relever les défis », *op. cit.*, p. 148).

préconiser ou de prévoir l'interconnexion des États par voie ferroviaire, le transport ferroviaire étant un mode de transport stratégique pour la région.

Par ailleurs, la mise en œuvre de la bonne gouvernance au sein des institutions communautaires requiert une collaboration étroite entre les responsables des organes de la CEMAC et ceux d'autres institutions ou organisations à caractère régional, telles que la CEEAC. En matière de politique de transport, par exemple, les décisions prises et les politiques édictées ne peuvent garantir une circulation optimale des marchandises et des personnes que si elles sont coordonnées et fondées sur le vécu quotidien des populations de la communauté.

***

La question centrale soulevée tout au long de cette étude a été celle de savoir si la libre circulation des personnes et des biens est réellement effective dans le cadre du processus d'intégration en Afrique centrale. La mise en place de mesures institutionnelles et l'élaboration de divers dispositifs juridiques en matière de transport laissent penser que l'intégration sous-régionale dans la zone CEMAC constitue un facteur favorable à cette libre circulation. Cependant, l'action des mouvements illégitimes, les conflits armés et l'absence de mise en œuvre concrète des mesures adoptées fragilisent encore le déplacement des marchandises et des personnes au sein de la communauté.

Pour rendre cette libre circulation pleinement effective, il est essentiel que les gouvernements des États membres fassent preuve de bonne gouvernance, en adoptant des décisions efficaces et transparentes, guidées à la fois par le bien commun et par les intérêts des citoyens communautaires.

PERSPECTIVES AFRICAINES SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT À LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE

Patrick Juvet LOWÉ GNINTEDEM

Agrégé des facultés de droit,
Professeur à l'Université de Dschang (Cameroun)

Lorsque quelques jours seulement après que nous eûmes échangé un dernier mail la nouvelle de son décès tomba, la certitude humaine de cet évènement ne manqua pourtant pas de susciter une triste peine. Mais la nature avait repris ses droits. Le souvenir des aventures intellectuelles vécues avec l'illustre dédicataire de ces propos m'incita, littéralement, à incliner la réflexion vers le rapport entre l'intellectuel et la nature…

Les termes « intellectuel » et « nature » sont larges, vagues. Leur évocation est en réalité passagère, pour permettre de mettre en rapport deux notions plus spécifiques. D'une part, en fait de nature, il faut s'en tenir à la diversité biologique, dont l'un des textes majeurs figure dans un ouvrage codirigé par le dédicataire[1] de ces propos. La diversité biologique ou biodiversité peut être considérée comme favorable à la nature, et représente aussi un ensemble extrêmement riche de ressources[2]. La notion désigne toutes les formes de la vie et les caractéristiques naturelles qu'elle présente[3]. Elle correspond à la diversité du vivant à toutes ses échelles, c'est-à-dire des gènes aux écosystèmes, à toutes les échelles de temps et d'espace, et inclut également les interactions entre ses différentes composantes[4]. D'autre part, en fait d'intellectuel, il s'agit de se pencher sur *le construit*, la création issue de l'esprit humain. Dans cette perspective, la propriété intellectuelle, mécanisme permettant l'appropriation de ce construit, présente un intérêt qui n'a de cesse de croître *irrésistiblement* depuis plus d'un quart de siècle. Il faut dire que l'adoption de l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), en 1994, marque un tournant

---

[1] M. PRIEUR, S. DOUMBÉ-BILLÉ (dir.), *Recueil francophone des textes internationaux en droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 140-160. La référence est ici faite à la Convention sur la diversité biologique (CDB), adoptée à l'issue de la Conférence de Rio de Janeiro sur l'environnement et le développement, tenue du 3 au 14 juin 1992.

[2] R. LARRÈRE, C. LARRÈRE, « Quelques réflexions sur la notion de biodiversité », *Sciences, eaux & territoires*, vol. 3, 2010, p. 7.

[3] Au sens de l'article 2 de la CDB, la diversité biologique est la « [v]ariabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes ».

[4] L. GODET, « Notion en débat : biodiversité », *Géoconfluences*, 24 mai 2017.

décisif dans la perception des rapports entre diversité biologique et propriété intellectuelle.

Entre *le construit* protégé par les droits de propriété intellectuelle et *la nature* en ce qu'elle a de biodiversité, il s'est installé un rapport fait d'espoirs et d'inquiétudes[5]. En réalité, la découverte du caractère limité des ressources naturelles a suscité chez les hommes une prise de conscience progressive[6]. Parce que le destin de l'homme est indissociablement lié à la nature[7], le premier ne peut ignorer la seconde. Mais quelque importante qu'elle se puisse concevoir, la nature reste au service de l'homme. Pour peu que les yeux soient levés vers le ciel, l'on dira qu'il y a là une prescription divine : la nature qui était au commencement[8], n'a certainement pas vocation à demeurer à la fin[9]. Néanmoins, il est peu probable que la divinité que l'on pare d'un attribut de justice[10] ait entendu octroyer à l'homme le droit de détruire[11] ou de se servir de la nature pour développer des injustices à l'égard de son semblable. La biodiversité se meurt[12] ; et quelques-uns en profitent au détriment des autres. Le sentiment d'injustice n'est pas ressenti de la même façon selon que l'on se trouve en pays développés ou en pays en développement. Les premiers ont une longue tradition leur permettant de tirer toutes les utilités des droits de propriété intellectuelle (DPI). L'avènement de l'accord sur les ADPIC permet alors de se réserver les droits sur le génie inventif à une grande échelle, peu important que les DPI portent sur la biodiversité essentiellement présente

---

[5] Voir : C. AUBERTIN, V. BOISVERT, « Les droits de propriété intellectuelle au service de la biodiversité : une mise en œuvre bien conflictuelle », *Natures, Sciences, Sociétés*, vol. 6, 1998, pp. 7-16 ; F. PRAT, « Afrique : la propriété intellectuelle aux dépens de la "création variétale" », *Inf'OGM*, 22 juillet 2019 ; Ch. BENBROOK, « Principles Governing the Long-run Risks, Benefits and Costs of Agricultural Biotechnology », *in* Ch. R. MCMANIS (ed.), *Biodiversity and the Law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres/Sterling, Earthscan, 2007, pp. 149-167 ; B. A. SCHAAL, « Biodiversity, Biotechnology and the Environment », *in* Ch. R. MCMANIS (ed.), *Biodiversity and the Law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, *op. cit.*, pp. 137-148 ; G. D. STONE, « The Birth and Death of Traditional Knowledge: Paradoxical Effects of Biotechnology in India », Ch. R. MCMANIS (ed.), *Biodiversity and the Law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, *op. cit.*, pp. 207-239.

[6] Une telle prise de conscience trouve un écho dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, qui précise : « Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement ». L'expression « dans le passé » traduit assurément une marginalisation de l'environnement dont la reproduction n'est pas souhaitable.

[7] A. KISS, J.-P. BEURRIER, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 2e éd., 2000, pp. 13-15.

[8] C. DE KLEMM, « La conservation de la diversité biologique, obligation des États et devoirs des citoyens », *Revue juridique de l'environnement*, 1989, pp. 397-408.

[9] Dans la *Bible* (Genèse 1, 28-30), Dieu, en bénissant l'homme, lui confie la mission de « soumettre » la terre et de dominer l'ensemble du vivant, sur terre, dans la mer et dans les airs.

[10] M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 47-48.

[11] M. RÉMOND-GOUILLOUD, *Du droit de détruire : essai sur le droit de l'environnement*, Paris, PUF, 1989.

[12] P. RAVEN, « The Epic of Evolution and the Problem of Biodiversity Loss », *in Biodiversity and the Law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, *op. cit.*, pp. 29 et s.

chez les seconds. Là-bas, l'on tend vers une conception toujours plus matérialiste[13] des DPI. Ainsi, aux États-Unis, les juges considèrent que matière inerte et matière vivante ne sont que deux aspects d'une même nature, que l'homme peut transformer par son génie inventif ; le caractère vivant ou inerte n'est pas significatif à l'égard des critères de brevetabilité[14]. Ici, les pays africains résistent encore à la banalisation du vivant. Ce qui ne conduit pas à exclure que l'on puisse envisager d'autres formes de DPI portant sur les ressources biologiques.

Plus des deux tiers des pays africains[15], membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)[16] et de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO)[17], se sont dotés de textes réglementant la protection des DPI. Pratiquement tous les domaines de la propriété intellectuelle sont couverts[18]. L'on considère cependant que le rôle et l'impact de la protection de la propriété intellectuelle sur l'acquisition, le développement et la diffusion des biotechnologies ne sont pas bien intégrés. Selon la Commission économique des Nations Unies pour l'Afrique (CEA),

---

[13] R. SIGNORE, *La brevetabilité des inventions aux États-Unis d'Amérique : principes, conséquences pour les non-Américains*, Paris, Litec 1988, p. 50.

[14] La Cour suprême des États-Unis a ainsi jugé, dans l'arrêt *Diamond v. Chakrabarty*, que pouvait être breveté « *anything under the sun that is made by man* » (*Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980), p. 309).

[15] En réalité, 39 pays africains ont le statut de membre soit de l'OAPI soit de l'ARIPO. Par ailleurs, sous l'égide de l'Union africaine, le Statut de l'Organisation panafricaine de la propriété intellectuelle (OPAPI ou PAIPO en anglais) a été adopté le 30 janvier 2016. L'OPAPI est conçue comme une agence spécialisée de l'Union africaine chargée des droits de propriété intellectuelle et des questions connexes. La question de l'articulation de ces offices de propriété intellectuelle avec les mécanismes mis en place dans le cadre de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) suscite néanmoins des interrogations. Voir à cet égard Titilayo ADEBOLA, « Mapping Africa's Complex Regimes: Towards an African Centred AfCFTA Intellectual Property Protocol », *African Journal of International Economic Law*, vol. 1, 2020, pp. 233-290.

[16] Au 1er mars 2026, l'OAPI comptait 17 États membres, essentiellement des pays d'expression française : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo (République du), Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, République centrafricaine, Sénégal, Tchad, Togo. Source : site de l'OAPI (http://www.oapi.int/presentation/etats-membres).

[17] Au 1er mars 2026, l'ARIPO comptait 22 États membres, essentiellement des pays d'expression anglaise : Botswana, Cap-Vert, Eswatini, Gambie, Ghana, Kenya, Lesotho, Liberia, Malawi, Maurice, Mozambique, Namibie, Ouganda, Rwanda, São Tomé-et-Príncipe, Seychelles, Sierra Leone, Somalie, Soudan, Tanzanie, Zambie, Zimbabwe. Source : site de l'ARIPO (https://www.aripo.org/member-states/).

[18] Les textes de l'OAPI résultent de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977, instituant l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle. Cet accord a été révisé à deux reprises, la dernière révision du texte actuellement en vigueur datant du 14 décembre 2015, à Bamako. Cet accord est accompagné de dix annexes portant respectivement sur les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les marques de produits ou de services, les dessins et modèles industriels, les noms commerciaux, les indications géographiques, la propriété littéraire et artistique, la protection contre la concurrence déloyale, les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés et les obtentions végétales (voir J. FOMETEU (dir.), *OAPI, Organisation africaine de la propriété intellectuelle, Accord de Bangui, et annexes commentés et annotés*, Poitiers, Juriscope, 2022). Quant à l'ARIPO, créée par l'Accord de Lusaka du 9 décembre 1976, elle administre notamment le Protocole d'Harare relatif aux brevets et aux dessins et modèles industriels, le Protocole de Banjul relatif aux marques, le Protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore, ainsi que le Protocole d'Arusha pour la protection des obtentions végétales.

dans la plupart des pays d'Afrique, les institutions chargées d'administrer les droits de propriété intellectuelle, et les brevets en particulier, n'en sont qu'à leurs débuts. Bon nombre de pays ont mis en place un office de brevets, mais ces offices ne sont pas exploités comme il se doit en tant que source d'informations scientifiques et technologiques[19]. Subséquemment, les pays africains ont du mal à tirer profit des DPI existant sur la biodiversité, sans qu'il soit par ailleurs certain que leurs réticences quant aux questions de conservation durable des ressources et de partage équitable[20] des bénéfices soient intégrées dans les textes juridiques. Dans un tel contexte, l'on peut interroger la pertinence de la position des pays africains sur les aspects des DPI qui touchent à la diversité biologique.

En l'état actuel, il est difficile d'adopter quelque position tranchée que ce soit. Les DPI qui touchent à la biodiversité sont marqués par une double incertitude qui frappe aussi bien le *negotium* que l'*instrumentum* des textes juridiques dédiés à la matière. C'est du cœur de cette double incertitude que s'élève la voix des pays africains, qui se prononcent autant sur la controverse relative au contenu de la protection (I) que sur l'autorité devant être attachée aux instruments juridiques de protection de la biodiversité par les DPI (II).

I.- Le contenu de la protection de la biodiversité par les DPI controversé

Le contenu donné à la protection de la diversité biologique dans le cadre des DPI ne fait pas l'unanimité. La controverse, en réalité, porte davantage sur les mécanismes de protection envisageables (A), les objectifs de la protection étant globalement acceptés (B).

A.- Les objectifs de la protection acceptés

La CDB précise, d'emblée, les trois objectifs qu'elle poursuit : la conservation de la diversité biologique ; l'utilisation durable de ses éléments ; et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques. Le rapport avec les DPI ne se déduit pas clairement de ces objectifs. Mais à l'article 16, alinéa 5, la CDB reconnaît que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, invitant ainsi les parties contractantes à coopérer sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à rencontre de ses objectifs. Les rapports entre la CDB et les DPI font l'objet de consultations

[19] NATIONS UNIES, *Progrès dans la mise en œuvre des engagements en matière de développement durable en Afrique*, Addis Ababa, Commission économique pour l'Afrique, 2015, p. 62.

[20] Ainsi que l'a relevé la Conférence ministérielle africaine sur l'environnement (CMAE) lors de sa 17e session, « l'accès et le partage des avantages sont cruciaux pour l'Afrique, dont on attend qu'elle supporte le coût de la conservation de ses écosystèmes, dont plusieurs revêtent une importance mondiale et sont bénéfiques à la planète, alors que le coût de leur conservation n'est guère partagé ». Voir CMAE, *Le cadre mondial de la biodiversité pour l'après-2020 et le Programme d'action panafricain sur la restauration des écosystèmes pour une résilience accrue*, AMCEN/17/EGM/5, 30 septembre 2019, point 21.

constantes au sein d'institutions telles que l'OMC et l'OMPI. Parmi les axes essentiels en discussion qui impactent sur la réalisation des objectifs de la CDB, l'on peut retenir la question générale des savoirs traditionnels associés à la gestion de la biodiversité et la question spécifique de l'accès aux ressources génétiques.

Concernant les savoirs traditionnels, leur rôle dans la conservation de la biodiversité et leur utilisation durable, mais également les dangers auxquels ils sont exposés dans le contexte des échanges commerciaux impulsés par l'OMC, suscitent des préoccupations concernant la protection juridique offerte par les DPI. Ces droits, dans le système commercial multilatéral, se sont affirmés comme des règles divisant les auteurs autant que les États et la société civile quant à leur impact positif ou négatif dans le processus de la protection[21]. Sur le fondement de la CDB, plusieurs objectifs doivent être pris en compte dans les efforts de protection juridique des savoirs traditionnels. En règle générale, la CDB met à la charge des États signataires l'obligation de protéger et de promouvoir les droits des communautés, fermiers et peuples indigènes quant à l'utilisation coutumière des ressources biologiques et systèmes de connaissances traditionnelles. Elle énonce que chaque partie contractante

> « respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques »[22].

L'on considère ainsi qu'un « bon droit » de propriété intellectuelle portant sur les savoirs traditionnels doit être conçu de manière à intégrer ces principes reconnus dans le cadre de la CDB. Les institutions traitant de la propriété intellectuelle, notamment l'OMC[23] et l'OMPI[24], examinent toutes ces perspectives dans les efforts menés pour élaborer un cadre international pertinent de protection des savoirs traditionnels. En particulier, l'OMPI souligne que compte tenu d'un certain nombre de principes directeurs[25], la protection des savoirs traditionnels devrait viser un certain nombre d'objectifs, parmi lesquels : la lutte contre la biopiraterie et l'appropriation illicite des savoirs traditionnels, la recherche de l'équité et le partage des avantages, la conservation et la préservation des pratiques traditionnelles ainsi que la promotion de l'utilité et de l'importance des ressources biologiques

[21] Sur l'ensemble des débats, voir notamment OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique », document IP/C/W/368/Rev.1, 8 février 2006.
[22] CDB, article 8 (j).
[23] OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique », *op. cit.*
[24] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés », WIPO/GRTKF/IC/16/5, 22 mars 2010.
[25] Pour une synthèse, voir notamment OMPI, « Document de synthèse concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques », Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (GRTKF), WIPO/GRTKF/IC/23, 23e session, 4-8 février 2013.

pour le développement. S'agissant de la lutte contre la biopiraterie et l'appropriation illicite des savoirs traditionnels, elle est perçue comme un objectif fondamental qui doit guider la protection des savoirs traditionnels sous quelque forme que ce soit[26]. S'agissant du principe d'équité[27] et de partage des avantages, c'est l'un des principes majeurs contenus dans la CDB[28]. Dans le même sens, la protection des savoirs traditionnels doit respecter le droit qu'ont les détenteurs de ces savoirs d'autoriser ou non l'accès auxdits savoirs compte tenu du principe du consentement préalable donné en connaissance de cause[29]. Mais cette question est plus spécifiquement abordée dans le cadre des principes de protection de l'accès aux ressources génétiques.

Concernant les ressources génétiques, il fait l'objet d'un texte spécifique, le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, relatif à la Convention sur la diversité biologique[30]. Le texte affiche clairement son objectif : il s'agit de régir le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs[31]. Il faut dire que le cadre contractuel d'accès et de partage des avantages fixé par la CDB et qui constituait un tournant important dans l'économie des ressources génétiques, jusqu'ici considérées comme un patrimoine commun de l'humanité dans lequel les industries et la recherche puisaient en général sans contrepartie, n'avait pas donné lieu à la multiplication espérée de contrats de bioprospection entre les pays en développement et les firmes multinationales des industries du vivant[32]. Le protocole de Nagoya entend relancer la dynamique des contrats d'accès et de

[26] OMPI, *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle. Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, Genève, 2001.

[27] L'équité correspond alors autant au pouvoir d'établir une règle juste qu'à celui d'éviter les conséquences injustes de règles existantes ou nouvelles. Sur le droit et l'équité, voir J.-M. TCHAKOUA, *Introduction générale au droit camerounais*, Yaoundé, Presses de l'UCAC, 2008, pp. 32-33.

[28] CDB, article 15, § 7 : « Chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées (…) pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues ».

[29] CDB, article 15, § 5 : « L'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie ».

[30] Le Protocole de Nagoya a été adopté le 29 octobre 2010, lors de la dixième réunion de la Conférence des Parties, tenue à Nagoya, au Japon.

[31] Protocole de Nagoya, article 1er.

[32] F. THOMAS, « Le protocole de Nagoya au secours des contrats d'accès à la biodiversité », *Revue des contrats*, vol. 3, 2012, p. 975.

partage des avantages [33] et notamment établir un équilibre entre considérations économiques, y compris la propriété intellectuelle, et préservation des ressources génétiques, y compris par la prise en considération des droits des communautés traditionnelles et locales[34].

Le groupe des pays africains aussi bien au sein de l'OMPI[35] que de l'OMC[36] est en accord avec les objectifs et principes de protection élaborés, avec au demeurant sa large contribution, en vue d'appliquer adéquatement les DPI en matière de ressources biologiques. La pomme de discorde demeure le mécanisme pour y parvenir.

B.- Les mécanismes de la protection discutés

Comment faire usage des DPI pour protéger la biodiversité ? La question, ainsi posée, ne rend pas entièrement compte de la complexité des rapports entre DPI et biodiversité. Elle peut être complétée par une autre : les mécanismes de protection offerts par les DPI laissent-ils une place à la conservation de la biodiversité ? Selon que l'on se réfère à la première ou à la seconde question, l'approche est différente. Dans le premier cas, il y a le présupposé que, parmi les objectifs des DPI, figure le besoin de protection de la biodiversité. L'octroi d'un DPI doit donc tenir compte de la nécessité de protéger la biodiversité. Dans le second cas, il faut considérer que les DPI, déterminés indépendamment de tout objet extérieur, peuvent avoir une incidence sur la protection de la biodiversité, soit pour y porter atteinte, soit pour en améliorer la protection. Toutes ces hypothèses sont envisagées par le CDB.

Évoquant les technologies en rapport avec la diversité biologique, l'article 16, § 2, *in fine*, de la CDB souligne que, « lorsque les technologies font l'objet de brevets et autres droits de propriété intellectuelle, l'accès et le transfert sont assurés selon des modalités qui reconnaissent des droits de propriété intellectuelle et sont compatibles avec leur protection adéquate et effective ». Il y a là une reconnaissance de la légitimité des brevets et autres DPI portant sur la diversité biologique. Le paragraphe 5 du même article indique pour sa part :

> « Les Parties contractantes reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales

[33] Pour un aperçu de l'évolution de la situation, voir notamment PNUE/CDB, *Protocole de Nagoya : progression de l'application et élaboration de politiques sur l'accès et le partage des avantages*, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2018.

[34] Quelques pays africains ont, dans la foulée, adopté des textes nationaux pour rendre opérationnels les principes résultant du Protocole de Nagoya. C'est le cas du Cameroun, avec la Loi n° 2021/014 du 9 juillet 2021 régissant l'accès aux ressources génétiques, à leurs dérivés, aux connaissances traditionnelles associées et le partage juste et équitable des avantages issus de leur utilisation, ainsi que de la Namibie, avec *The Access to Biological and Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge Act No. 2 of 27 June 2017*.

[35] Dans le cadre du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (GRTKF, *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*).

[36] Dans le cadre notamment du Conseil des ADPIC (Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce).

> et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs ».

Le risque de remise en cause de la protection de la diversité biologique est donc tout aussi reconnu. Pour apprécier ce risque, un panorama des mécanismes de DPI ayant une influence sur la biodiversité peut être effectué.

Au regard même de sa diversité, pratiquement tous les types de droits de propriété intellectuelle peuvent selon les cas être invoqués pour assurer la protection de la biodiversité. L'on pourra ainsi avoir recours aux systèmes en vigueur tels que les brevets, le droit d'auteur et les droits connexes, les indications géographiques, les marques, les dessins et modèles industriels, les droits d'obtention végétale, ainsi que les textes sur la concurrence déloyale[37].

Schématiquement, les deux grands ensembles des DPI que sont les droits de propriété littéraire et artistique d'une part, et les droits de propriété industrielle dont le modèle le plus emblématique est le droit des brevets d'autre part, sont considérés comme applicables selon que l'élément attaché à la biodiversité qu'il faut protéger se rapproche plus de l'un ou de l'autre ensemble. Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont plus généralement associées à la protection offerte dans le cadre des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques. Une telle inclusion au sein du droit d'auteur a pour but de permettre aux communautés traditionnelles ou aux détenteurs de bénéficier d'un ensemble de droits moraux et de droits patrimoniaux sur leurs savoirs. Les savoirs traditionnels liés aux ressources biologiques et génétiques sont, eux, souvent associés au mécanisme de protection organisé dans le cadre du système des brevets et du droit des obtentions végétales[38]. Dans cette seconde hypothèse, la brevetabilité des organismes vivants est l'une des questions les plus débattues dans le contexte africain et au sein des instances internationales. La question se pose au bout d'une exclusion prévue par l'Accord sur les ADPIC en son article 27:3 b), en vertu duquel les États membres pourront exclure de la brevetabilité :

> « les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système sui generis efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens ».

En application de ce texte, les pays africains sont réfractaires à l'idée de brevet portant sur le vivant. La Loi modèle pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la

[37] Voir : OMPI, *La propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles*, Genève, 2015, pp. 23-27 ; D. A. POSEY, G. DUTFIELD, *Le marché mondial de la propriété intellectuelle : droits des communautés traditionnelles et indigènes*, Ottawa, CRDI/WWF, 1997, pp. 92-102.

[38] P.-A. COLLOT, « La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection *sui generis* », *Droit et cultures*, vol. 53, 2007, pp. 188 et s.

réglementation de l'accès aux ressources biologiques (LMA) de l'OUA[39], énonce en son article 9, § 1, une formule intransigeante : « Les brevets sur toute forme de vie et sur les procédés biologiques ne sont pas reconnus et ne peuvent pas faire l'objet d'une demande ». Au sein de l'OMC, la question est discutée en termes de révision de l'article 27:3 b). Le groupe africain a eu, comme nombre d'autres pays en développement[40], à exprimer sa réticence[41] à l'occasion des négociations en précisant que

> « les brevets sur les formes de vie sont contraires à l'éthique, et l'Accord sur les ADPIC devrait les interdire, en modifiant la prescription imposant de prévoir des brevets pour les micro-organismes et pour les procédés non biologiques et microbiologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux. De tels brevets sont contraires aux normes morales et culturelles de nombreuses sociétés parmi les Membres de l'OMC. Ils ôtent à cet égard toute signification à l'exception énoncée à l'article 27:2 visant à protéger l'ordre public et la moralité, que les Membres qui jugent les brevets sur les formes de vie contraires à leur tissu sociétal et culturel et immoraux invoqueraient s'il en était autrement »[42].

Par ailleurs, le Groupe africain considère que la distinction qui est faite à l'article 27:3 b) entre les micro-organismes et les procédés non biologiques et microbiologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux est artificielle et injustifiée, et qu'elle devrait être supprimée de l'Accord sur les ADPIC, de sorte que l'exception à la brevetabilité prévue au paragraphe 3 b), englobe les végétaux, les animaux et les micro-organismes, ainsi que les procédés essentiellement biologiques et les procédés non biologiques et microbiologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux[43]. La principale raison de ces réticences tient en des considérations d'ordre moral et éthique[44], la crainte étant que l'on en arrive à breveter l'espèce humaine. D'autres

[39] Adoptée à la suite de la directive du Conseil des ministres de l'OUA de 1998, la LMA constitue un cadre général élaboré à l'échelle africaine afin de servir de source d'inspiration pour l'adoption de législations nationales relatives à la protection des savoirs traditionnels, des ressources biologiques et des droits des communautés locales. Pour une analyse plus complète de la LMA, voir : J. A. EKPERE, « TRIPs, Biodiversity and Traditional Knowledge: OAU Model Law on Community Rights and Access to Genetic Resources », communication présentée lors du dialogue multipartite de l'ICTSD sur le commerce, l'environnement et le développement durable, Libreville (Gabon), 13-14 juillet 2000 ; J. A. EKPERE, « Loi-modèle pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques », *in* R. MELÉNDEZ-ORTIZ, Ch. BELLMANN, A. CHETAILLE, T. BEN ABDALLAH (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, Dakar, ICTSD/ENDA Tiers Monde/Solagral, 2002, pp. 175-183.

[40] OMC, Réexamen des dispositions de l'article 27:3 b), document IP/C/W/369/Rev.1.

[41] Voir : R. A. BRAC DE LA PERRIÈRE, F. SEURET, « L'Afrique refuse le brevetage du vivant », *Le Monde Diplomatique*, juillet 2000, pp. 24 s. ; C. D. SOSSA, J. DJOGBÉNOU, *Introduction à l'étude du droit : perspectives africaines*, Cotonou, Les Éditions du CREDIJ, 2012, pp. 346-347.

[42] OMC, « Comment faire progresser l'examen de l'article 27:3 b) de l'Accord sur les ADPIC », communication du groupe africain, document IP/C/W/404, 26 juin 2003.

[43] *Idem.*

[44] Voir : NATIONS UNIES, *Progrès dans la mise en œuvre des engagements en matière de développement durable en Afrique*, *op. cit*., p. 63 ; A. SAKHO, « Droit, éthique et SIDA dans la recherche clinique et les essais thérapeutiques dans les pays en développement », *in Droit et santé en Afrique*, Dakar, Les Études hospitalières, 2006, pp. 187-192.

considérations peuvent également être invoquées[45], telles que les risques en matière sanitaire, alimentaire ou environnementale. Au demeurant, l'on a pu considérer que le système international de DPI facilite plutôt qu'il ne permet de réduire la biopiraterie et l'appropriation illicite des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques[46]. L'on souligne alors l'inadaptation des exigences imposées par les DPI existants, et notamment des brevets[47] et des obtentions végétales[48], pour assurer une protection efficace des savoirs traditionnels et des ressources génétiques.

Opérant un compromis entre l'admission en l'état et le rejet des DPI existants, une approche intermédiaire consiste à proposer le maintien des systèmes existants en y incluant des modifications qui permettraient d'en juguler les inconvénients. En ce sens, l'idée prépondérante est d'introduire dans les textes pertinents en matière de brevets l'exigence de la divulgation de l'origine[49] des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. Une proposition du Groupe africain à l'OMC suggère d'ailleurs qu'une telle obligation soit introduite dans un article 29 *bis* de l'Accord sur les ADPIC[50], pour les dispositions relatives au droit des brevets. Cette approche, soutenue par de nombreux pays africains ou en dehors[51] et qui suscite l'approbation[52], est complétée par la mise sur pied de législations *sui generis* de protection des ressources biologiques.

Concernant des législations *sui generis*, les deux organisations régionales majeures en Afrique en matière de propriété intellectuelle que sont

---

[45] Sur ce débat, voir notamment S. DE CHEVEIGNÉ, D. BOY, J.-Ch. GALLOUX, *Les biotechnologies en débat : pour une démocratie scientifique*, Paris, Balland, 2002, notamment pp. 88 et s. et pp. 158 et s.

[46] COMMISSION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (Royaume-Uni), *Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement*, Londres, 2003, pp. 76-77.

[47] À cet égard, voir notamment J. DASHACO TAMBUTOH, « Intellectual Property Law Aspects of the 1992 Convention on Biological Diversity. The Case of Traditional Medicine », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 2, 2001, p. 254.

[48] Voir : A. CHETAILLE, « DPI, accès aux ressources génétiques et protection des variétés végétales en Afrique centrale et occidentale », *in* R. MELÉNDEZ-ORTIZ, Ch. BELLMANN, A. CHETAILLE, T. BEN ABDALLAH (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, *op. cit.*, pp. 40-41 ; J. ZOUNDJIHÈKPON, « L'Accord de Bangui révisé et l'annexe X relative à la protection des obtentions végétales », *in ibid.*, pp. 145 et s.

[49] L'obligation de divulgation porte sur le pays d'origine ou la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. Au sens de la Convention sur la diversité biologique de 1992, le pays d'origine des ressources génétiques désigne le « pays qui possède ces ressources génétiques dans des conditions in situ ». La conservation *in situ* s'entend, quant à elle, de « la conservation des écosystèmes et des habitats naturels et le maintien et la reconstitution de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel et, dans le cas des espèces domestiquées et cultivées, dans le milieu où se sont développés leurs caractères distinctifs » (CDB, article 2).

[50] Communication du Groupe africain, Document IP/C/W/404, 26 juin 2003.

[51] Voir notamment OMC, « Projet de décision visant à renforcer le lien de complémentarité entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique », communication présentée par le Brésil, la Chine, la Colombie, l'Équateur, l'Inde, l'Indonésie, le Pérou, la Thaïlande, le Groupe ACP et le Groupe africain, document TN/C/W/59, 19 avril 2011. Voir aussi, dans le cadre de l'OMPI, document WIPO/GRTKF/IC/36/11, 10 décembre 2018.

[52] P. J. LOWÉ GNINTEDEM, *Droit des brevets et santé publique dans l'espace OAPI*, Aix en Provence, PUAM, 2014, pp. 203 et s.

l'OAPI et l'ARIPO disposent en la matière. Pour le législateur OAPI, il a amorcé une réforme de l'ossature de ses instruments juridiques à travers l'adoption le 26 juillet 2007 à Niamey au Niger de deux Accords, l'un relatif à la protection des savoirs traditionnels et l'autre relatif à la protection du folklore, additifs à l'Accord de Bangui instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, Acte du 24 février 1999. De son côté, l'ARIPO a adopté le 9 août 2010 le Protocole de Swakopmund (Namibie) relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore[53]. Ces instruments sont néanmoins critiqués, pour leurs excessive souplesse.

II.- L'autorité de la protection de la biodiversité par les DPI recherchée

L'autorité des règles de protection de la diversité biologique n'est pas d'avance établie. Faut-il rechercher cette autorité dans la nature même des instruments juridiques porteurs desdites règles ? La préoccupation part d'un constat, celui de la souplesse des instruments juridiques existants (A), pour affirmer, en matière de protection de la biodiversité par les DPI, la nécessité d'un instrument international juridiquement contraignant (B).

A.- La souplesse des instruments juridiques existants

Le caractère juridiquement contraignant de l'accord sur les ADPIC n'est pas contesté. Dans le cadre de l'OMC, l'acceptation du traité vaut aussi bien pour l'Accord instituant l'Organisation que pour les Accords commerciaux multilatéraux qui y sont annexés[54]. Au demeurant, il est conçu comme un cadre minimal auquel doivent se conformer tous les États membres désireux de s'ouvrir au commerce mondial. La difficulté ne se situe donc pas au niveau de ce texte qui, s'il ne contenait des dispositions considérées comme préjudiciables pour la préservation de la biodiversité, constituerait un cadre idéal de protection. En revanche, le caractère contraignant de la CDB est plus discutable.

Sur le plan formel, la convention de Rio sur la diversité biologique revêt un caractère contraignant à l'égard des États parties. Il s'agit bien d'un « accord de volonté entre sujets de droit international et soumis au droit international »[55]. Mais pour un texte qui se veut contraignant, la CDB comporte peu d'engagements concrets de la part des États, ce qui peut paraître choquant pour la pensée juridique traditionnelle[56]. Sans doute, il y a des justifications à ce que la Convention de Rio du 5 juin 1992 contienne des clauses ayant une force obligatoire fortement diluée[57], la *soft law* mondiale pouvant avoir un rôle médiatique[58] important. Cela n'en atténue pas moins,

[53] ARIPO, Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore, 2010.
[54] Accord instituant l'OMC, article 14.
[55] R. RANJEVA, Ch. CADOUX, *Droit international public*, Paris, EDICEF, 1992, p. 34.
[56] A. Ch. KISS, « La longue marche du droit international de l'environnement », *Vivre Autrement,* septembre 1992, pp. 4-5.
[57] M. KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, EDICEF, 1996, pp. 114 et s.
[58] L. D'AVOUT, Sylvain BOLLÉE, « Droit du commerce international », *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 2025-2026.

dans le fond, le caractère de *soft law*, ou à tout le moins de convention-cadre de la CDB. Cette dernière, en effet, détermine des principes généraux de la coopération, tout en laissant aux États le soin de développer aux niveaux interne, local et régional les procédures techniques d'application[59]. Elle se présente, d'abord, comme une Convention de coordination des accords internationaux antérieurs ; ensuite, elle envisage l'adoption de protocoles additionnels[60] dans lesquels seront consignées des normes contraignantes ; enfin, elle se présente comme un canevas international pour les actions concrètes des États en laissant à la compétence des Parties l'édiction des mesures d'application[61].

Dans le contexte africain, l'on notera que la prise en compte des mesures de protection de la biodiversité en rapport avec les droits de propriété intellectuelle s'opère essentiellement dans le cadre des deux institutions régionales que sont l'OAPI[62] et l'ARIPO[63]. L'adoption de textes spécifiques relatifs à la protection des savoirs traditionnels traduit le désir des législateurs africains de l'OAPI et de l'ARIPO de reconnaître la valeur intrinsèque et multidimensionnelle de ces savoirs sur le plan social, spirituel, économique, intellectuel, scientifique, écologique, technologique, commercial et éducatif. Le préambule des textes affirme la nécessité de contribuer au respect des systèmes de savoirs traditionnels en vue de reconnaître et de récompenser la contribution des détenteurs de ces savoirs à la préservation de l'environnement, à la sécurité alimentaire et à une agriculture durable, à l'amélioration de l'état de santé des populations ainsi qu'au progrès de la science et de la technologie. Il est donc nécessaire en ce sens de prévoir une protection juridique par le biais de la propriété intellectuelle dans le cadre d'un système adapté.

Les objectifs généralement recherchés par la protection des savoirs traditionnels sont intégrés dans les principes énoncés. Ainsi, les divers textes de l'OAPI et de l'ARIPO reconnaissent la nécessité d'une protection effective et efficace[64] des savoirs traditionnels en vue d'empêcher l'octroi et l'exercice de droits de propriété intellectuelle indus sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques associées ainsi que sur les produits qui en sont dérivés. Par ailleurs, le législateur reconnaît que la protection doit tenir compte de la nécessité de maintenir un équilibre équitable entre les droits et intérêts de ceux qui développent, préservent et perpétuent les savoirs traditionnels, d'une part, et de ceux qui les utilisent et en tirent avantage, d'autre part[65]. Le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des savoirs

[59] J. COMBACAU, Serge SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 11e éd., 2014, p. 81. Les accords-cadres constituent l'encadrement général de relations devant ultérieurement être développées et concrétisées par des conventions spéciales, ou des protocoles.
[60] CDB, article 28.
[61] M. KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, *op. cit*., pp. 115-116.
[62] Voir l'Accord relatif à la protection des savoirs traditionnels et l'Accord relatif à la protection du folklore, tous deux adoptés le 26 juillet 2007, additifs à l'Accord de Bangui instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle, Acte du 24 février 1999.
[63] ARIPO, Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore, 2010.
[64] Préambule de l'additif relatif à la protection des savoirs traditionnels pour l'OAPI (Additif OAPI) et du Protocole de Swakopmund pour l'ARIPO (Protocole ARIPO).
[65] *Idem.*

traditionnels doit être déterminé par un accord mutuellement convenu[66] ou à défaut par l'autorité nationale compétente[67]. En outre, il est mis à la charge de tout utilisateur d'un savoir traditionnel en dehors de son contexte traditionnel une obligation d'en indiquer la source et/ou l'origine[68]. En toute hypothèse, la protection conférée ne doit pas être préjudiciable à la disponibilité permanente (« *continued availability* ») des savoirs traditionnels[69]. C'est dire que les législateurs OAPI et ARIPO sont soucieux de la conservation et de l'utilisation durable des savoirs traditionnels dans le respect des principes posés par la Convention sur la diversité biologique (CDB)[70]. Le tableau ainsi dressé serait parfait, s'il ne manquait aux textes adoptés par le législateur l'*impérium*.

D'une part, les conditions comme les effets du droit *sui generis* mis en œuvre par les législateurs régionaux africains le rapprochent des modèles classiques de DPI, notamment le droit d'auteur et le droit des brevets. Dans un tel contexte, la portée du nouveau droit est fortement réduite et pourrait être remise en cause.

D'autre part, et surtout, pendant la durée de la protection, aucun mécanisme d'exécution et de règlement des litiges, ni de sanctions et de moyens de recours n'est effectivement prévu par les textes adoptés[71]. Or, en l'absence de tels mécanismes, la pertinence du droit consacré est incertaine et la valeur juridique du texte douteuse. Parce qu'ils peuvent s'imposer sur la forme, mais n'imposent véritablement rien sur le fond, les textes adoptés semblent davantage servir de cadre de référence pour l'édiction au niveau national de règles de protection de la biodiversité et des savoirs y associés. Comme pour la CDB, les textes régionaux renvoient à la compétence de l'autorité nationale compétente pour la prise des mesures d'application.

Il convient encore de souligner qu'à la différence de l'ARIPO[72], dans le cadre de l'OAPI, les additifs ne sont jamais entrés en vigueur. Dans le cadre des travaux ayant abouti à la révision de l'accord de Bangui de 1999[73], des

---

[66] Additif OAPI, article 7, § 1, et Protocole ARIPO, article 9.1.

[67] Additif OAPI, article 7, § 2, et Protocole ARIPO, article 9.2. Le Protocole ARIPO précise en outre, à la différence de l'additif OAPI, que les bénéfices escomptés de l'exploitation des savoirs traditionnels ne doivent pas être uniquement perçus en terme pécuniaire, mais également sous forme de participation au développement de la communauté autochtone : « *The right to equitable remuneration might extend to non-monetary benefits, such as contributions to community development, depending on the material needs and cultural preferences expressed by the traditional or local communities themselves* » (Protocole ARIPO, article 9.3).

[68] Additif OAPI, article 8, et Protocole ARIPO, article 10.

[69] Additif OAPI, article 9, et Protocole ARIPO, article 11.

[70] Ch. SEUNA, « Les potentialités des savoirs traditionnels dans l'espace CEMAC : identification des intérêts offensifs et défensifs », *Publication de l'association citoyenne de défense des intérêts collectifs (ACDIC)*, 2008.

[71] Additif OAPI, article 14, et Protocole ARIPO, article 23.

[72] Le Protocole de Swakopmund, entré en vigueur le 11 mai 2015, a fait l'objet d'une révision le 6 décembre 2016.

[73] L'Accord de Bangui révisé le 14 décembre 2015 à Bamako a fait l'objet d'une entrée en vigueur échelonnée. Après l'entrée en vigueur du texte de l'Accord et de plusieurs annexes le 14 novembre 2020, les autres annexes ont été progressivement mises en application, les dernières étant entrées en vigueur le 1er janvier 2025. Voir P. J. LOWÉ GNINTEDEM, « L'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) en marche », *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 2021, pp. 713-719.

projets d'annexes XI et XII furent discutés afin de permettre la prise en considération de la protection des savoirs traditionnels[74] et du folklore. Sans doute s'agissait-il alors des versions revues des additifs de 2007. Il faut croire que le projet n'a pas rencontré l'adhésion des parties. Mais l'idée ne fut pas abandonnée[75]. Pour autant, l'OAPI semble avoir opté pour un recul stratégique. Elle a plutôt élaboré par la suite une série de lois-types[76] sans valeur contraignante, et dont le contenu semblait encore plus souple que celui déjà critiqué dans le cadre des Additifs. Dès lors, il reste à espérer qu'au niveau international, un instrument juridiquement contraignant consacre une protection plus appropriée.

B.- L'impératif d'un instrument international juridiquement contraignant

L'affirmation des enjeux de la protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés à la diversité biologique est aussi évidente que difficile. La difficulté à établir un droit monopolistique se comprend d'autant plus que les savoirs traditionnels peuvent, comme les matières biologiques sur lesquelles ils portent, revêtir un caractère transfrontière. Deux impératifs apparaissent alors : l'instrument juridique de protection doit non seulement être international, mais également être juridiquement contraignant. Évidemment, les deux exigences ne sont pas à dissocier systématiquement. Alors que quelques solutions de fond ont acquis une certaine constance, notamment en ce qui concerne l'exigence de divulgation d'origine, le Groupe africain à l'OMC[77] se prononce en faveur d'une position relativement équilibrée, en proposant de

> « modifier l'Accord sur les ADPIC pour y incorporer certaines prescriptions de la CDB. Il a été suggéré en particulier que les déposants soient tenus de divulguer la source et le pays d'origine de toute ressource biologique ou connaissance traditionnelle utilisée dans leurs inventions et de démontrer qu'ils ont obtenu un consentement préalable donné en connaissance de cause par l'autorité compétente du pays d'origine et ont conclu des arrangements justes et équitables pour le partage des avantages ou qu'ils ont respecté les prescriptions juridiques nationales ».

D'abord, le caractère international de la solution résulte, on l'a souligné de la nature même des ressources biologiques qui ne peuvent être enfermées dans des espaces géographiques limités à un ou quelques États. Le

[74] Pour une appréciation du projet d'annexe XII, voir notamment J. DASHACO TAMBUTOH, « The Draft Annex XII of the Bangui Agreement for the Protection of Traditional Knowledge: A Move International Protection? », *Annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang*, vol. 17, 2015, n° spécial, pp. 75-94.

[75] P. EDOU EDOU, « Vers une deuxième révision de l'Accord de Bangui », *OAPI Magazine*, n° 27, décembre 2015, p. 3.

[76] L'OAPI a élaboré, en 2022, quatre lois-types destinées à protéger certains biens intellectuels liés à la biodiversité dans les États membres de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) : la loi-type relative à la protection des ressources génétiques ; la loi-type relative à la protection des savoirs traditionnels ; la loi-type relative à la protection du patrimoine naturel ; et la loi-type relative à la protection du patrimoine culturel national.

[77] Voir : Groupe africain, IP/C/W/404, IP/C/W/206, IP/C/W/163, IP/C/M/40, §§ 76-79 ; Kenya, IP/C/M/47, § 68, IP/C/M/36/Add.1, § 233, IP/C/M/28, § 144.

groupe africain à l'OMC a eu à souligner qu'« aucune protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels ne sera efficace tant que des mécanismes internationaux n'auront pas été définis et mis en place… »[78]. Dans cette perspective, de nombreuses institutions internationales dans le système des Nations Unies et au niveau africain trouvent dans le sujet un champ de réflexion et d'action fertiles. Si un rôle central à ce propos reste reconnu à l'OMC et à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), l'action d'autres institutions, notamment l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), est non négligeable[79].

Ensuite, l'adoption d'un instrument international juridiquement contraignant conduirait les États parties à appliquer les règles prescrites dans leur législation nationale, en tant que prescription de droit international. Dans l'ensemble, la plupart des pays en développement soutient l'adoption d'un tel instrument, qui pourrait prendre la forme d'un traité, de convention-cadre ou de convention sur l'élaboration des politiques, jetant les bases ou définissant les grands axes d'un développement normatif plus poussé et d'une convergence et d'une transparence renforcées dans le cadre des initiatives de politique générale au niveau national. Le Groupe africain à l'OMPI, dans le cadre des travaux du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (GRTKF), insiste sur la nécessité et l'urgence de cette option[80].

Il faut croire que cette position a reçu un écho favorable de la part des États membres de l'OMPI. En effet, le 24 mai 2024, à l'issue de la Conférence diplomatique sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés, a été adopté le Traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés (Traité RGST). Ce texte international est le tout premier en la matière « à porter sur l'interface entre la propriété intellectuelle, les ressources génétiques et les savoirs traditionnels et à inclure des dispositions particulières pour les peuples autochtones et les communautés locales »[81]. Il intervient après pratiquement 25 ans de négociations dans le cadre des travaux du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (GRTKF). L'adoption de ce traité appelle au moins deux observations.

Sur le plan formel, on peut se réjouir de l'adoption d'un texte international qui se veut juridiquement contraignant, en ce qu'il répond à l'impératif d'une réponse globale au besoin de protection des ressources

[78] OMC, Communication du Groupe africain, document IP/C/W/404, 26 juin 2003.
[79] P. J. LOWÉ GNINTEDEM, *Droit des brevets et santé publique dans l'espace OAPI*, *op. cit*., pp. 367 et s.
[80] Document WIPO/GRTKF/IC/14/8 Rev., 26 juin 2009. À l'occasion de la 40e session du Comité intergouvernemental (GRTKF), tenue à Genève du 17 au 21 juin 2019, plusieurs projets d'articles ont, à nouveau, été étudiés dans la perspective de la protection envisagée.
[81] OMPI, « Les États membres de l'OMPI adoptent un nouveau traité historique sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés », *Communiqué de presse*, PR/2024/919, Genève, 24 mai 2024, https://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2024/article_0007.html?ct=t(NMD_PressRelease_919TKDIPCON_TR_FR_24/05/2024.

biologiques et des savoirs traditionnels associés. Le traité entrera en vigueur après avoir été ratifié par 15 États membres[82].

Sur le plan substantiel, l'innovation majeure du traité réside dans l'introduction d'une obligation de divulgation d'origine[83]. Ainsi, lorsqu'une invention revendiquée dans une demande de brevet est fondée sur des ressources génétiques ou sur des savoirs traditionnels associés, chaque partie contractante exige du déposant qu'il divulgue le pays d'origine ou la source des ressources génétiques, ainsi que le peuple autochtone ou la communauté locale, le cas échéant, qui a fourni les savoirs traditionnels. Il est intéressant de noter que le traité encadre le régime de sanction du défaut de divulgation de l'origine. D'une part, il laisse à chaque État le soin de mettre en place des « mesures juridiques, administratives ou de politique appropriées, efficaces et proportionnées pour traiter un défaut de communication des informations »[84] sur l'origine ou la source de la ressource génétique ou des savoirs traditionnels. Mais, d'autre part, il tâche de préserver les droits du titulaire de brevet. Aux termes de l'article 5.3, « (…) aucune Partie contractante ne révoque, n'invalide ni ne rend inopposables les droits conférés par le brevet au seul motif que le déposant n'a pas communiqué les informations (…) ». En d'autres termes, l'invalidation du brevet ne peut résulter du seul défaut de divulgation d'origine. Cette exonération de la sanction est exclue à deux conditions : en cas de comportement ou d'intention frauduleux du déposant ou du titulaire de brevet, et si la législation nationale a expressément prévu la sanction d'une telle attitude frauduleuse. Au final, la forme, contraignante, ne diffère pas fondamentalement de la substance, plutôt souple, qui réduisent les perspectives de mise en œuvre des autres textes internationaux traitant de la biodiversité.

Pour le moins, l'adoption du Traité RGST rejoint les préoccupations du groupe des pays africains, qui considère, de manière constante, que l'objectif ultime du processus de négociation en la matière doit être l'élaboration et l'adoption d'un ou plusieurs instruments internationaux juridiquement contraignants qui protège les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques[85]. En revanche, le cadre juridique proposé par le groupe africain pour une telle législation est celui de l'Accord sur les ADPIC[86]. Cette position se comprend. L'accord sur les ADPIC s'impose directement à tous les États membres de l'OMC, qui seraient alors astreints au respect des prescriptions édictées soient pour une application directe des unes, soit à travers une mise en œuvre nationale des autres. Dans cette seconde hypothèse, il faut encore se souvenir

[82] Au 15 juillet 2026, quatre États membres avaient ratifié le traité : l'Albanie, le Malawi, l'Ouganda et le Pérou.
[83] Traité RGST, article 3.
[84] Traité RGST, article 5.1.
[85] OMPI, Proposition du groupe des pays africains concernant la protection des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des ressources génétiques, Annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/14/9, 29 juin 2009. Voir également le document WIPO/GRTKF/IC/36/11, 10 décembre 2018, § 18.
[86] Voir OMC, document IP/C/W/370/Rev.1, 9 mars 2006.

que, à l'encontre de l'admission, fût-elle tacite[87] , de la brevetabilité du vivant par la CDB, le principe de la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles est un principe déjà confirmé par le droit international et s'impose par conséquent d'emblée[88] ; il fait obstacle à la pénétration de normes internationales relatives à la propriété intellectuelle qui auraient pour effet d'affecter les ressources que les États réservent à l'exercice de leur souveraineté.

Ainsi donc, le consensus sur le principe d'un instrument international de protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans leurs rapports à la propriété intellectuelle est largement acquis, et dans une certaine mesure, réalisé. Le débat peut certes se poursuivre quant à l'extension des dispositions du traité RGST à d'autres forums considérés comme plus appropriés, à l'instar de l'OMC dans le cadre d'une révision de l'accord sur les ADPIC. Mais le progrès réalisé dans le cadre de l'OMPI ne peut être minimisé. En imposant au niveau international l'obligation de divulgation d'origine des ressources objet des DPI, le traité légitime les mesures que pourraient prendre les États pour en sanctionner la violation au niveau de leur législation nationale. La subtilité se trouve dans l'encadrement des sanctions. Entre la liberté laissée aux États pour légiférer et les conditions à remplir pour sanctionner, il n'est pas à exclure que le rapport de force en défaveur des pays africains reste inchangé.

***

Entre *hard law* et *soft law*, la protection de la diversité biologique par les DPI avance au gré des intérêts des États, ou peut-être des craintes de perdre des privilèges auxquels certains sont attachés. Sur le plan juridique, il est vrai qu'une convention contenant des obligations très précises sera rarement ratifiée par un grand nombre d'États[89]. À l'initiative des pays africains et d'autres pays, des consensus importants ont été réunis. L'adoption du traité de l'OMPI sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés en est une traduction significative. Pourtant, ce texte formellement contraignant reste substantiellement « mou ». Les perspectives d'une évolution vers plus de fermeté restent ouvertes dans divers forums de négociation, le texte n'étant au demeurant pas encore entré en vigueur. Le droit avorterait donc bien souvent là où il est censé naître, la bonne nouvelle étant que la résurrection de la règle (même mort-née) est toujours possible.

---

[87] B. L. KAGEDAN, *La Convention sur la diversité biologique, les droits de propriété intellectuelle et la propriété des ressources génétiques : évolution internationale*, Ottawa, Industrie Canada/Direction des politiques de la propriété intellectuelle, 1996, p. 13.

[88] Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1962 sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Voir : M. KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, *op. cit*., p. 123 ; M. HÉBIÉ, C. MAIA, « Article 13 : La présente convention et la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles », *in* G. DISTEFANO, G. GAGGIOLI, A. HÊCHE (dir.), *Commentaire de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 459-528.

[89] *Ibid.*, p. 114.

PARTIE III.- INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX ET ARBITRAGE EN AFRIQUE

RATIONALISATION DE L'INTÉGRATION DES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT DANS LE PAYSAGE NORMATIF AFRICAIN

Anaclet NZOHABONAYO

Professeur associé à la Faculté des sciences politiques et juridiques, Université du Burundi

Les pays africains se sont inscrits dans un mouvement de conclusion d'accords internationaux d'investissement (AII) dont l'intensification résulte de l'absence d'un régime multilatéral pour réglementer les investissements étrangers[1]. Après les divers échecs des tentatives visant à mettre en place le cadre multilatéral des investissements[2], lesdits pays ont redirigé les efforts vers les négociations bilatérales. Dès lors, les traités bilatéraux d'investissement (TBI) ont émergé et les premiers de ces accords étaient conclus entre les pays développés et les pays en développement[3]. Toutefois, depuis la signature du premier traité Sud-Sud liant le Koweït et l'Irak en 1964[4], le paysage africain des AII s'est progressivement enrichi et englobe aujourd'hui des accords Sud-Sud[5]. Après le succès des négociations des TBI, les pays africains ont élargi leur approche en matière de coopération économique, explorant de nouvelles voies de partenariat, qu'elles soient bilatérales ou régionales. Cette dynamique a conduit au développement progressif d'autres accords internationaux d'investissement[6]. Dans ce contexte, cet article examine d'abord l'intégration des AII dans le corpus

---

[1] Voir L. T. WELLS, « The Emerging Global Regime for Investment: A Response », *Harvard International Law Journal*, vol. 52, 2010, p. 44 : « *The push by rich countries for bilateral investment treaties is the result of the failure of efforts to build a truly multilateral regime* ».

[2] Concernant les causes de l'échec de l'Accord multilatéral sur l'investissement, voir J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2e éd., 2015, pp. 118-122.

[3] Voir Z. ELKINS, A. T. GUZMAN, B. A. SIMMONS, « Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000 », *International Organization*, vol. 60, 2006, pp. 811-846.

[4] Protocol Between the Government of the State of Kuwait and the Republic of Iraq on the Promotion of the Movement of Capital and Investments Between the Two Countries, 25 octobre 1964.

[5] Voir UNCTAD, *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, Nations Unies, New York/Genève, 2005.

[6] Selon UNCTAD, les autres accords internationaux d'investissement concernent des « *economic agreements other than BITs that include investment-related provisions (e.g. investment chapters in economic partnership agreements (EPAs) and free trade agreements (FTAs), regional economic integration agreements and framework agreements on economic cooperation)* », (UNCTAD*, Recent Trends in IIAs and ISDS*, IIA issues note n° 1, février 2015, p. 2).

normatif des pays africains (I). Il s'intéresse ensuite à leur structure et à leurs principales caractéristiques (II), avant de proposer des pistes de rationalisation (III) visant à mieux aligner ces accords sur les intérêts des pays d'accueil tout en garantissant une protection durable aux investissements étrangers.

I.- Évaluation de l'intégration des AII dans le paysage normatif africain

L'ensemble des AII intégrés par les pays africains dans leur arsenal normatif se présente sous trois grandes catégories[7]. D'une part, il y a les TBI qui sont des accords conclus entre deux États[8] et, d'autre part, les accords régionaux d'investissement signés par un groupe d'États dans une région donnée. La troisième catégorie concerne les accords économiques comportant des dispositions relatives aux investissements, tels que les accords de partenariat économique, les accords de libre-échange, les accords régionaux d'intégration économique, les accords-cadres sur la coopération économique pouvant être signés sur un plan bilatéral ou régional[9], les accords de double imposition et les accords préférentiels de commerce et d'investissement[10]. Certains de ces accords octroient une même protection aux investisseurs étrangers que celle que leur accordent les TBI alors que d'autres prévoient tout simplement des mécanismes de coopération[11].

A.- État d'intégration des TBI

Les efforts pour instaurer un régime multilatéral des investissements ont certes été vains, mais les pays, s'inspirant parfois des dispositions des accords avortés comme source de référence[12], ont réussi à négocier des TBI sur le plan bilatéral. L'Allemagne a inauguré cette pratique en signant le tout premier TBI avec le Pakistan en 1959[13]. Cette avancée dans la définition du cadre juridique d'investissement étranger est intervenue dans un contexte particulier. En effet, la période de 1959 coïncide avec le mouvement de décolonisation en Afrique. Les pays européens qui perdaient le contrôle de leurs colonies avaient besoin de mettre en place un régime juridique pour sécuriser les investissements de leurs ressortissants dans les territoires nouvellement indépendants, mais aussi de créer un cadre adéquat pour les

[7] Voir H. MANN, « International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities », International Institute for Sustainable Development, février 2008, p. 3.
[8] Voir K. P. SAUVANT, L. E SACHS, « The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows », *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, pp. 935-938.
[9] Voir H. MANN, « International Investment Agreements, Business and Human Rights (…) », *op. cit*., p. 3.
[10] Voir UNCTAD, *World Investment Report*, Nations Unies, New York/Genève, 2007, p. 17.
[11] ASEAN-US *Trade and Investment Framework Agreement*, signé le 25 août 2006.
[12] Voir J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit*., p. 99.
[13] Voir K. J. VANDEVELDE, « A Brief History of International Investment Agreements », *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 12, 2005, p. 170.

futurs investissements dans ces pays[14]. Ils ont ainsi développé un programme de TBI avec leurs anciennes colonies et d'autres pays en développement[15]. Le mouvement de conclusion des accords s'est étendu et les pays peu ou pas actifs dans la colonisation l'ont suivi[16]. Aujourd'hui, les pays africains ont ratifié des TBI avec leurs homologues du continent et d'autres pays partenaires à travers le monde entier. L'histoire de leur intégration dans cet univers d'AII a commencé avec l'Allemagne, qui a signé le premier TBI avec le Libéria en 1961, puis avec Madagascar en 1962[17]. Cette même année, la Suisse a signé respectivement des TBI avec le Niger, la Côte-d'Ivoire, la Guinée, le Congo et le Sénégal[18]. Les pays africains ont maintenu cette participation et étaient, jusqu'à la fin 2024, parties à 1 050 TBI[19]. L'Égypte vient en tête de liste avec 102 TBI, dont 73 sont en vigueur[20]. Les 16 pays les plus engagés dans la conclusion des AII sont membres à plus de 600 TBI les liant avec les pays développés et d'autres avec les pays en développement[21]. Ce mouvement de conclusion des accords s'est intensifié dans les années 1990[22]. Plusieurs facteurs, comme l'effondrement du mur de Berlin et de l'Union soviétique ainsi que diverses politiques d'ouverture économique qui ont suivi ces événements politiques, ont significativement contribué à l'extension des TBI. Selon les données disponibles à la fin de l'année 2024, il y avait près de 3 300 TBI, dont 2 500 étaient entrés en vigueur[23].

Les pays africains ont ainsi intégré un mouvement sur l'implantation d'un régime juridique des investissements, dont le principe cardinal est la protection des investissements étrangers effectués sur leurs territoires. Les dispositions de ces accords étaient orientées – et c'est toujours le cas pour plusieurs de ces accords – vers cette philosophie protectrice des intérêts des investisseurs étrangers. Les intérêts des États d'accueil y occupent une place relativement marginale, ce qui rend d'autant plus impérieuse la nécessité de revisiter ces accords ou d'adopter de nouvelles stratégies de négociation afin de mieux intégrer des préoccupations autres qu'économiques.

---

[14] Voir J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit*., p. 101.
[15] Voir P. JUILLARD, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », *Journal du droit international*, vol. 2, 1979, pp. 274-325.
[16] Voir J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit*., p. 101.
[17] Source : site de l'UNCTAD (http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/203#iiaInnerMenu).
[18] *Idem.*
[19] *Idem*
[20] *Idem.*
[21] L'Égypte compte 102 TBI dont 73 en vigueur, le Maroc 63 TBI dont 46 sont en vigueur, la Tunisie 54 TBI dont 34 sont en vigueur, l'Afrique du Sud 40 TBI dont 17 en vigueur, l'Algérie 47 TBI dont 28 sont en vigueur, Maurice 42 TBI dont 25 sont en vigueur, la Libye 36 TBI dont 20 sont en vigueur, le Zimbabwe 30 dont 6 sont en vigueur, le Soudan 28 TBI dont 13 en vigueur, l'Éthiopie 29 TBI dont 21 en vigueur, le Nigeria 25 TBI dont 13 en vigueur, le Sénégal 27 TBI dont 12 en vigueur, le Ghana 26 TBI dont 8 en vigueur, la Guinée 20 TBI dont 6 sont en vigueur, la Tanzanie 19 TBI dont 11 en vigueur, la Mauritanie 20 TBI dont 7 en vigueur. Concernant ces données, voir UNCTAD, Investment Policy Hub (https://investmentpolicy.unctad.org).
[22] Voir A. LEJOUR, M. SALFI, « The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment », *CPB Discussion Paper*, 2015, p. 6.
[23] Voir UNCTAD, "Investment Policy Hub, *op. cit*.

B.- État d'intégration des AII autres que les TBI

En plus des TBI, l'engagement des pays africains dans l'univers des AII peut être évalué à l'aune de leur intégration dans leur corpus normatif. Presque tous les pays de l'Afrique subsaharienne sont membres de l'accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la Communauté européenne et ses membres[24]. L'ambition de cet accord de Cotonou est de contribuer au développement économique et social à travers la coopération[25]. Les parties à cet accord ont manifesté leur attachement aux autres valeurs relatives au bien-être et ont affiché leur ambition de donner à la mondialisation un visage humain. Elles ont réaffirmé leur volonté d'œuvrer pour le développement culturel et social avec la vision de contribuer à la paix sur la base des principes fondamentaux de sécurité et d'un environnement démocratique stable[26]. Un pays qui ne respecte pas les droits humains, les principes démocratiques et de l'État de droit peut être exclu du partenariat[27]. Les pays africains ont aussi massivement adhéré au traité qui institue l'Union africaine[28]. Les 55 pays membres de cette organisation ont réaffirmé leur engagement à promouvoir l'intégration politique et socio-économique du continent africain[29]. À ce titre, la CNUCED classe cet accord parmi les AII[30]. En plus de leur appartenance à ces deux grands accords (accords de Cotonou et de l'Union africaine), les pays ont formé des blocs régionaux pour conclure des AII. En Afrique centrale, il y a la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC). Dans le cadre de cette organisation, les six pays membres ont conclu la convention de CEMAC pour la libéralisation[31] et la convention sur l'investissement[32]. Les pays qui forment la communauté des pays des Grands Lacs (CEPGL) disposent d'un code d'investissement[33]. Le Marché commun de l'Afrique orientale et australe, connu sous son acronyme anglais

[24] Accord de partenariat entre les membres du groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la Communauté européenne et ses membres, signé le 23 juin 2000 et entré en vigueur le 1er avril 2003 (Accord de Cotonou).
[25] *Ibid.*, préambule.
[26] *Ibid.*, article 1.
[27] Voir Consultations UE - République du Burundi au titre de l'article 96 de l'Accord de Cotonou - Conclusions de l'Union européenne, Conseil de l'UE, communiqué de presse n° 912/15 du 8 décembre 2015. À l'issue des consultations, l'Union européenne a envisagé des sanctions, car elle a considéré que les positions exprimées par les autorités burundaises ne permettaient pas de remédier globalement aux manquements des éléments essentiels de son partenariat avec la République du Burundi.
[28] Voir CNUCED, Déclaration du Caire et Plan d'action du Caire de 2000.
[29] Le 12 juillet 2000, les membres de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) ont décidé, lors du 36e sommet ordinaire de l'Organisation à Lomé, au Togo, l'adoption de l'Acte constitutif de l'Union africaine (UA), entré en vigueur le 26 mai 2001.
[30] Voir CNUCED, Déclaration du Caire et Plan d'action du Caire de 2000.
[31] Joint Convention on the Freedom of Movement of Persons and the Right of Establishment in the Customs and Economic Union of Central Africa, signée et entrée en vigueur le 22 décembre 1972.
[32] Common Convention on Investments in the States of the Customs and Economic Union of Central Africa, signée le 14 décembre 1965 et entrée en vigueur le 1er avril 1966.
[33] Community Investment Code of the Economic Community of the Great Lakes Countries, signé le 31 janvier 1982 et entré en vigueur le 4 avril 1987. Cette communauté est formée par le Burundi, le Rwanda et la République démocratique du Congo.

COMESA, est la zone économique la plus vaste, avec 21 pays membres[34]. Ces pays ont signé entre eux un accord d'investissement qui n'est pas encore entré en vigueur[35]. Ils ont aussi conclu un traité sur le commerce et l'investissement avec les États-Unis d'Amérique[36]. La communauté de l'Afrique de l'Est a signé un accord-cadre sur le commerce et l'investissement[37]. L'une des zones économiques régionales les plus actives est la Communauté des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), qui compte 15 membres. Cette organisation a été instituée par le Traité de Lagos, signé le 28 mai 1975[38]. La CEDEAO a déjà signé les protocoles sur l'énergie, sur l'entreprise et sur le mouvement des personnes[39]. Cette organisation a également conclu un accord relatif au commerce et à l'investissement avec les États-Unis[40].

Les neuf États membres de l'ESA (Afrique orientale et australe) ont signé un AII. La Communauté pour le développement de l'Afrique australe, connue en anglais sous le sigle SADC (*Southern African Development Community*), compte trois AII. L'Union arabe du Maghreb (UMA), avec ses cinq pays membres, a signé un AII[41]. Chaque pays africain appartenant au moins à une organisation économique régionale est donc partie à au moins un AII[42].

II.- La structure des accords d'investissement

Concernant la configuration des accords d'investissement, et notamment les TBI, ceux-ci sont bâtis sur une structure presque identique, malgré quelques légères différences. Ils comportent un titre et un préambule suivis des clauses sur la définition des concepts et la portée de l'accord. Les dispositions substantielles déterminent les conditions d'entrée et d'établissement des investissements et investisseurs étrangers. Ces accords définissent les normes générales de traitement des investissements. Leur substance porte aussi, entre autres, sur les questions de transfert de fonds, d'expropriation. L'analyse détaillée des principales clauses des TBI que les

[34] Le traité établissant cette organisation a été signé le 5 novembre 1993 et est entré en vigueur le 8 décembre 1994.
[35] Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, signé le 23 mai 2007.
[36] Agreement between the Government of the United States of America and the Common Market for Eastern and Southern Africa Concerning the Development of Trade and Investment Relations, signé et entré en vigueur le 29 octobre 2001.
[37] Trade and Investment Framework Agreement Between the East African Community and the Government of the United States, signé et entré en vigueur le 16 juillet 2008. Cette communauté a été créée le 30 novembre 1999 et est entrée en vigueur le 7 juillet 2000. Elle est formée par cinq États membres : Burundi, Kenya, Ouganda, Rwanda, Tanzanie.
[38] Treaty of the Economic Community of West African States, signé le 28 mai 1975 et entré en vigueur le 20 juin 1975.
[39] Voir CNUCED, Intégration régionale et mesures non tarifaires au sein de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), Genève, Nations Unies, 2015.
[40] *Idem.*
[41] Pour les ensembles économiques ayant signé un seul AII, il s'agit de l'accord de création.
[42] Un pays peut appartenir à plusieurs blocs économiques régionaux. Le Burundi, par exemple, est membre de la CEPGL, de la Communauté d'Afrique de l'Est (CAE/EAC) et du COMESA.

pays africains ont ratifiés offre une meilleure compréhension de la portée de leur engagement.

A.- Titres et préambules

Le titre des TBI indique leur objet et identifie les parties à l'accord[43]. Ces titres peuvent apparaître sous différentes dénominations. Tantôt les TBI portent le titre d'« Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements »[44], tantôt d'« Accord concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements », suivi de l'identification des parties[45]. Parfois, l'identification des parties précède le titre de l'accord[46]. Après l'énonciation du titre, les TBI commencent par les préambules. Ceux-ci déterminent les objectifs de l'accord et comportent les motivations d'ordre économique, politique, historique, sécuritaire ou culturel, qui justifient la raison d'être de l'accord[47]. Les parties contractantes y confirment leur volonté de créer les conditions favorables pour les investissements étrangers et la nécessité de leur assurer une protection, ainsi que la nécessaire réciprocité dans l'encouragement ou la coopération réciproque[48]. Dans beaucoup d'accords, le but ultime de l'engagement est de renforcer la coopération en vue de promouvoir la prospérité économique des parties signataires[49]. En ce sens, le TBI entre la France et le Sénégal dispose :

> « Désireux de renforcer la coopération économique entre les deux États et de créer des conditions favorables pour les investissements français au Sénégal et sénégalais en France,
> Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont de nature à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique »[50].

Certains préambules des TBI énoncent la volonté des parties de rompre avec la discrimination dans le traitement des investissements[51].

---

[43] Lorsqu'il s'agit d'un accord multilatéral ou régional, le titre omet les parties. Voir, par exemple, *Traité de la Charte d'énergie* du 17 décembre 1994.
[44] Voir l'Accord sur la promotion et la protection des investissements entre la République arabe d'Égypte et la République du Sénégal, 5 mars 1998, article 1.
[45] Voir l'Accord concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, Suisse-Algérie, signé le 30 novembre 2004 et entré en vigueur le 15 août 2005.
[46] Voir l'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Bénin concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 8 janvier 2013.
[47] Voir l'Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Maurice-Guinée, 18 mai 2001.
[48] Voir le TBI entre le Gouvernement de la République de Maurice et le Gouvernement de la République du Sénégal sur la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 14 mars 2002 et entré en vigueur le 14 octobre 2009.
[49] Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal sur la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 26 juillet 2007 et entré en vigueur le 30 mai 2010.
[50] *Idem*.
[51] Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République de Maurice et le Gouvernement de la République du Burundi concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 18 mai 2001 et entré en vigueur le 22 novembre 2009, article 2, § 3.

Toutefois, sous l'impulsion de certains pays, comme le Canada et les États-Unis, plusieurs récents accords vont au-delà de cette formulation classique des préambules et incorporent des préoccupations liées au développement durable[52], comme la protection de la santé, de l'environnement et des droits humains[53]. Le modèle de TBI des États-Unis inclut ainsi la clause suivante : « *Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment and the promotion of internationally recognized labor rights* »[54].

Le préambule joue un rôle important dans l'interprétation de l'accord, même s'il est dépourvu de force juridique contraignante[55]. Dans l'affaire *Salini c. Maroc*, le tribunal arbitral a recouru au préambule de la Convention de Washington pour dégager la condition de l'existence d'investissement relative à « la contribution au développement économique de l'État d'accueil de l'investisseur »[56]. Cette démarche du tribunal est cohérente avec les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui prévoit qu'« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »[57]. Le poids du préambule dans l'interprétation d'un accord est fonction de la clarté de sa formulation. Un préambule dont les énoncés sont très courts[58] ou rédigés en des termes généraux qui ne laissent pas entrevoir clairement l'intention des parties n'aurait qu'une contribution limitée dans l'interprétation de l'accord[59]. Aussi, pour accroître la prévisibilité de l'interprétation compatible avec les intérêts des pays d'accueil, ceux-ci devraient énoncer dans les préambules leur volonté de protéger des valeurs telles que la sécurité, la santé et l'environnement.

B.- La portée des AII

Les clauses relatives à la portée délimitent l'application géographique de l'accord à l'aide de la formule suivante : l'accord s'applique aux investissements réalisés par les investisseurs de l'une des parties sur le territoire de l'autre partie contractante. Les parties entendent ainsi exercer leur souveraineté sur les investissements situés dans l'espace géographique dont ils ont la maîtrise. En plus de cette portée spatiale, les AII prévoient leur

---

[52] Voir le Traité bilatéral d'investissement entre le Canada et la Côte d'Ivoire, signé le 30 novembre 2014.
[53] Voir A. K. BJORKLUND, A. REINISCH (eds.), *International Investment Law and Soft Law,* Cheltenham UK, Edward Elgar Pub., 2012, p. 212.
[54] 2004 US Model Treaty, Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.
[55] Voir R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties,* La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 20.
[56] *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Morocco*, affaire CIRDI n° ARB/00/4, décision sur la compétence, 23 juillet 2001.
[57] Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, article 31, § 1.
[58] Voir M. BEDJAOUI, E. K. YAKPO, T. BOUMEDRA (eds.), *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1999, p. 255.
[59] *Idem*.

durée d'application au moyen d'une disposition souvent insérée dans les clauses finales de l'accord.

La portée de l'accord eu égard à la matière est opérée au moyen des définitions du concept d'investissement. Les parties déterminent les opérations économiques qu'elles veulent considérer comme investissement et auxquelles elles souhaitent accorder une protection. La définition de l'investissement aborde souvent les thématiques liées à la forme de l'investissement, au domaine de l'activité économique d'investissement, au moment de la réalisation de l'investissement (les investissements réalisés avant le TBI sont couverts ou non) et à la connexion de l'investisseur avec l'autre État contractant[60].

Sous cette rubrique, les AII définissent aussi la notion d'investisseur étranger, de national ou de citoyen de l'État partie. Cet exercice vise à déterminer les personnes physiques auxquelles ils souhaitent octroyer une protection. La définition de l'investisseur revêt un caractère particulier, dans la mesure où les parties à l'accord entendent accorder cette protection à leurs ressortissants, compagnies et investisseurs, et non à ceux des autres pays[61]. De la lecture des dispositions des TBI, il ressort que la définition du concept d'investissement y est très fluide. Elle englobe presque toutes les opérations, au point que la difficulté est de repérer ce qui n'en fait pas partie. L'élasticité de la définition de la notion d'investissement pose la question de sa limitation et des difficultés que les pays d'accueil rencontrent dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire.

C.- Entrée des investissements et des investisseurs dans le pays d'accueil

Les TBI garantissent le droit d'entrée aux investisseurs et investissements de l'autre partie contractante dans le territoire du pays d'accueil. Cependant, ce droit est soumis aux conditions visant à accroître la flexibilité normative des pays hôtes pour exercer un contrôle sur les activités d'investissement étranger et prendre en compte d'autres priorités d'importance nationale[62]. Pour traiter cette question d'entrée ou d'admission des investissements sur le territoire du pays d'accueil, plusieurs accords stipulent que les pays admettent les investissements réalisés en conformité avec leurs lois et règlements[63]. Les parties contractantes s'engagent à encourager et à créer des conditions favorables aux investisseurs de l'autre partie contractante[64]. Il en résulte que seuls les investissements réalisés en conformité avec les lois et les réglementations nationales sont éligibles à la protection que prévoient les accords d'investissements. Concernant les

[60] Voir J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, *op. cit*., p. 143.
[61] *Ibid*., p. 144.
[62] Voir J.-P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, pp. 53-77.
[63] Voir l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République démocratique du Congo concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 17 février 2005, article 2, § 1.
[64] Voir l'Accord pour la promotion et la protection des investissements entre la République de Corée et la République du Zaïre, 19 juillet 1990, article 1.

conditions d'entrée, certains accords récents traitent du séjour et du travail du personnel expatrié employé dans le cadre des investissements ainsi que du séjour et du travail des membres de la famille de ce personnel[65]. Dans le cadre de l'admission, les accords définissent parfois les conditions de conclusion et d'exécution de contrats de licence et de conventions relatives à l'exploitation de l'investissement[66]. La question que peut soulever cette clause est l'éventualité d'un différend où la loi qui réglementait l'investissement a été abrogée. À cet égard, comme le soulignent Dolzer et Stevens, l'investissement ne perd pas son éligibilité à la protection pour autant qu'au moment de sa réalisation, il était conforme aux lois et réglementations du pays d'accueil[67].

D.- Traitement des investissements et des investisseurs étrangers

La majorité des accords consacrent d'importants développement sur les dispositions relatives au traitement des investisseurs. Les principales clauses qui définissent la protection à accorder aux investisseurs concernent la norme de traitement juste et équitable, la protection et la sécurité pleine et entière, le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée, les clauses de transfert d'argent, les clauses sur l'expropriation et la nationalisation et les dispositions sur les mécanismes de règlement des différends.

1.- La norme de traitement juste et équitable

Depuis ses premières manifestations[68] et son insertion dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation des États-Unis[69], la norme de traitement juste et équitable s'est répandue dans les TBI[70] au point qu'elle y est devenue un standard[71]. En insérant cette clause dans leurs accords, les États contractent l'obligation d'assurer la protection de l'investissement non seulement contre les actions des particuliers, mais aussi des organes étatiques[72]. La présence de cette clause se justifie par le souci d'assurer une

[65] Voir l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République démocratique du Congo, *op. cit*., article 2, § 4.
[66] Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud sur la promotion et la protection réciproques des investissements, 24 septembre 2000 (Accord Algérie-Afrique du Sud), article 2.
[67] Voir R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties, op. cit*., p. 50.
[68] Havana Charter for an International Trade Organization, 24 mars 1948, article 11, § 2, a), i).
[69] Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the Kingdom of the Netherlands and the United States of America, 27 mars 1956, article I, § 1.
[70] Treaty for the Promotion and Protection of Investments between the Federal Republic of Germany and Pakistan, 25 novembre 1959. Voir à ce sujet K. J. VANDEVELDE, « A Brief History of International Investment Agreements », *op. cit*., p. 170.
[71] Pour plus de détails sur l'historique et l'évolution de cette clause, voir M. KLEIN BRONFMAN, « Fair and Equitable Standard: An Evolving Standard », Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 10, 2006 pp. 612-618.
[72] Voir : *Noble Ventures Inc. c. Romania*, CIRDI, affaire n° ARB/01/11, 12 octobre 2005, §§ 164-166 ; Yves NOUVEL, « Classification cursive des règles de fond issues des TBI », *Revue générale de droit international public*, vol. 119, 2015, p. 11.

certaine stabilité juridique de la protection de l'investissement[73]. La norme de traitement juste et équitable constitue un outil permettant « de combler des lacunes, qui résulteraient des dispositions plus spécifiques sur le traitement des investissements, pour obtenir le niveau de protection de l'investisseur recherché par le traité »[74].

Les pratiques étatiques démontrent l'existence de formules variées dans la configuration de cette clause, bien qu'il existe une proximité au niveau du langage utilisé. Parfois, cette clause est rattachée à une norme substantielle, telle que la non-discrimination. Dans ce cas, elle est formulée comme suit :

> « Chaque Partie contractante assurera sur le territoire de son État un traitement juste et équitable aux investissements effectués par des investisseurs de l'autre Partie contractante. Ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque partie contractante aux investissements effectués sur le territoire de son État par ses propres investisseurs ou par les investisseurs de n'importe quel État tiers, si ce dernier traitement est plus favorable »[75].

La norme de traitement juste et équitable est parfois rédigée dans un langage qui ne définit pas son contenu, mais qui se réfère à l'accord lui-même. La formule utilisée est alors la suivante :

> « Chaque Partie contractante s'engage à assurer sur son territoire un traitement juste et équitable aux investissements directs ou indirects, ainsi qu'aux activités y afférentes, entrepris par des investisseurs de l'autre partie contractante, conformément aux dispositions du présent Accord »[76].

Parfois, la norme de traitement juste et équitable est combinée avec la clause sur la protection et la sécurité pleine et entière. En voici un exemple : « les investissements ainsi réalisés par les investisseurs de chaque Partie contractante, jouiront en tout temps sur le territoire de l'autre Partie contractante, d'un traitement juste et équitable, de la protection et de la sécurité pleine et entière »[77]. D'autres accords définissent le contenu de la norme de traitement juste et équitable par référence au traitement national et de la nation la plus favorisée et exigent au pays d'accueil d'accorder le traitement le plus favorable[78]. En ce sens, les accords prévoient d'accorder : un traitement juste et équitable qui n'est pas moins favorable que celui qu'elle

[73] R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. ix.
[74] *Idem* (notre traduction).
[75] Voir l'Accord entre le Gouvernement du Burkina Faso et le Gouvernement de la République du Bénin concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 18 mai 2001, article 3, § 2.
[76] Voir l'Accord entre la République du Burundi et la République fédérale islamique des Comores concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 18 mai 2001, article 4.
[77] TBI Burundi-Maurice, *op. cit.*, article 2, § 3.
[78] Voir la Convention entre le Gouvernement de la République arabe d'Égypte et le Gouvernement de la République centrafricaine sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, 7 février 2000, article 3, § 1.

(la Partie contractante) accorde aux investissements de ses propres investisseurs, conformément à ses lois ou à ses règlements ou aux investissements des investisseurs de la nation la plus favorisée, si ce dernier est plus favorable[79]. On trouve ainsi des accords qui prévoient la détermination du traitement de cette clause en référence au droit international. Dans ce cas, sa configuration se présente comme suit :

> « Each Contracting Party shall undertake to accord in its territory and maritime zone just and equitable treatment, in accordance with the principles of international law, to the investments made by investors of the other Party and to ensure that the exercise of the right so granted is not impeded either de jure or de facto »[80].

D'autres formulations moins répandues se réfèrent au droit coutumier international pour déterminer le traitement dû au titre de cette clause de traitement juste et équitable[81].

2.- Clause de protection et de sécurité pleines et entières

Les TBI incorporent presque systématiquement la clause sur la protection et la sécurité pleine et entière, quoique le langage utilisé diffère d'un accord à l'autre. Certains accords disposent que les investissements jouiront d'une sécurité et d'une protection constantes[82]. Le TBI Maroc-Bulgarie évite le qualificatif de « constante », mais parle d'une protection et d'une sécurité « pleine et entière »[83]. Cette formulation est utilisée dans beaucoup d'accords, dont certains préfèrent répartir les substantifs « pleine et entière » entre les concepts de protection et de sécurité, aboutissant ainsi à la formule d'une pleine protection et d'une entière sécurité[84].

Au titre de cette clause, les pays d'accueil assument l'obligation de prendre des mesures nécessaires pour protéger l'investissement contre les effets pervers émanant des actions de l'État lui-même, des actions de ses

[79] Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République du Cameroun et le Gouvernement de la République arabe d'Égypte relatif à la promotion et à la protection des investissements, 24 octobre 2000, article 3, § 1.
[80] Voir Agreement between the Government of the French Republic and the Government of the United Mexican States for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 12 novembre 1994, article 4, § 1.
[81] Voir Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 4 novembre 2005, article 5, § 2.
[82] Voir le TBI Burundi-Maurice, *op. cit*., article 4, § 1. Voir aussi le TBI entre la République du Bénin et l'Union économique belgo-luxembourgeoise concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, signé le 18 mai 2001 et entré en vigueur le 30 août 2007, article 3, § 2.
[83] Voir l'Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la République de Bulgarie concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements, 22 mai 1996, article 2 § 2.
[84] Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République du Cameroun et le Gouvernement de la République arabe d'Égypte, 24 octobre 2000, article 4, § 1.

organes[85] ou des particuliers[86]. Pour autant, cette clause n'implique pas que l'État est responsable de toutes les déconvenues que pourrait subir un investisseur en territoire étranger[87]. Un gouvernement faillit à cette obligation lorsqu'il ne parvient pas à prendre des mesures pour protéger les investissements contre les menaces d'attaques de bandits, les violences policières ou celles commises par des agents de sécurité[88]. La portée de cette clause couvre donc la protection physique de l'investisseur et de ses investissements[89], mais elle s'étend aussi aux violations non physiques[90]. Dans l'affaire *Siemens c. Argentine*, le tribunal a expliqué justement cette extension de la clause au-delà des violences physiques en s'appuyant sur l'exemple de certaines formes d'investissement que les menaces physiques ne peuvent pas directement atteindre[91]. Dans ce conflit, le tribunal a soutenu que « "*full protection and security" goes beyond physical security from the fact that the applicable BIT's definition of investment applied also to intangible assets (...). It is difficult to understand how the physical security of an intangible asset would be achieved* »[92]. Ce raisonnement du tribunal montre que les pays doivent porter une attention particulière dans la formulation de cette clause et que « *the precise meaning of the term may be open to widely varying interpretations in different situations* »[93].

3.- Traitement national et de la nation la plus favorisée

Ces clauses qui peuvent jouer de multiples rôles dans un accord visent à combattre la discrimination des investissements ou des investisseurs sur la seule base de leurs origines. La clause de traitement national met à la charge de l'État d'accueil l'obligation de traiter les investisseurs étrangers comme il traite ses investisseurs locaux. Au titre de la clause de la nation la plus favorisée, les États d'accueil contractent l'obligation de traiter pareillement tous les investisseurs étrangers présents sur leur territoire.

La structure des clauses de traitement national et de la nation la plus favorisée varie d'un accord à l'autre. Certains accords combinent les deux clauses dans une formulation laconique qui renseigne peu sur le contenu dudit traitement. Dans ce cas, ils utilisent la formulation suivante : « pour toutes les

[85] Voir *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*, CIRDI, affaire n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, § 730.
[86] Voir *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC, affaire n° 088/2004, sentence partielle du 27 mars 2007, § 203.
[87] Voir *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, CIRDI, affaire n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990.
[88] *Ibid*., § 77.
[89] Voir *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, sentence partielle rendue sous le règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, 17 mars 2006, §§ 483-484.
[90] Voir *Azurix Corp. V. The Argentine Republic*, CIRDI, affaire n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, § 406.
[91] Voir *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, CIRDI, affaire n° ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, § 303.
[92] *Idem*.
[93] Jeswald W. SALACUSE, *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 338.

questions relatives au traitement des investissements, les investisseurs de chacune des Parties contractantes bénéficieront, sur le territoire de l'autre Partie, du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée »[94]. D'autres accords spécifient que le traitement national et de la nation la plus favorisée s'applique aussi bien aux investissements et aux investisseurs de l'autre Partie. C'est l'exemple du TBI Maroc-Bulgarie qui dispose :

> « 1. Aucune des Parties contractantes n'assujettira, sur son territoire, les investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde aux investissements de ses propres investisseurs, conformément à ses lois et règlements, ou aux investissements des investisseurs de tout État tiers, le traitement le plus favorable étant retenu.
> 2. Aucune des Parties contractantes n'assujettira, sur son territoire, les investisseurs de l'autre partie contractante, pour ce qui est des activités liées à leurs investissements, à un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout État tiers, le traitement le plus favorable étant retenu »[95].

Les TBI écartent l'application du traitement national et de la nation la plus favorisée aux avantages que les parties contractantes accordent aux organisations économiques régionales dont elles sont membres. La technique utilisée consiste à disposer que : « le traitement ne s'étend pas aux privilèges qu'une Partie contractante accorde aux investisseurs d'un État en vertu de sa participation ou de son association à une zone de libre-échange, à une union douanière, à un marché commun, ou toute autre forme d'organisation économique régionale, ou un accord international similaire ou une convention tendant à éviter la double imposition en matière fiscale ou toute autre convention en matière d'impôts »[96].

Compte tenu des disparités qui existent au niveau du développement économique et technologique entre certains pays, les PED devraient configurer cette clause de manière à disposer de la flexibilité normative qui leur permettrait d'adopter des mesures visant à accorder les avantages et les subventions destinées à renforcer leurs industries nationales qui sont, pour la plupart, en phase naissante[97]. La clause de la nation la plus favorisée ouvre l'accès des investisseurs protégés aux bénéfices ou aux avantages que le pays d'accueil octroie aux investisseurs étrangers de n'importe quel pays présent sur son territoire. Par voie de conséquence, l'investisseur peut se prévaloir des normes qui figureraient dans les TBI que le pays d'accueil a signés avec les autres États et qui prévoient une grande protection.

---

[94] Voir l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République démocratique du Congo, *op. cit.*, article 4, § 1.
[95] Voir le TBI Maroc-Bulgarie, *op. cit*., article 3.
[96] *Idem*.
[97] Voir UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, doc. ONU UNCTAD/ITE/IIT/7, 1998, pp. 64-65.

E.- Les clauses de transfert d'argent

L'analyse des TBI des pays africains révèle que l'inclusion de cette clause est systématique. D'ailleurs il ne pourrait en être autrement au regard de l'importance capitale que revêt le transfert d'argent dans la réussite des opérations économiques envisagées par l'investisseur étranger. Les clauses sur les transferts permettent à l'investisseur étranger de s'acquitter de ses obligations financières qui nécessitent d'être payées en monnaie étrangère. Les clauses concernant le transfert d'argent couvrent généralement cinq dimensions. Celles-ci concernent premièrement la nature générale du droit de l'investisseur à faire les transferts d'argent[98]. La seconde dimension traite des paiements couverts par le droit de faire des transferts[99]. La troisième dimension détermine la devise avec laquelle le paiement peut être effectué. La quatrième dimension donne des indications sur le taux de change applicable[100]. Enfin, la dernière dimension envisage la période à l'intérieur de laquelle le pays d'accueil doit autoriser l'investisseur à faire des transferts[101].

Du point de vue de l'État d'accueil, la clause de transfert pose la question de la définition des limites ou restrictions qu'il faut imposer aux transferts. Cette difficulté est d'actualité dans les pays en développement qui font face aux difficultés chroniques de balance des paiements et qui ont, par conséquent, besoin de conserver les devises étrangères pour payer les biens et les services de première nécessité. De plus, plusieurs pays disposent de la réglementation pour contrôler la conversion et les transferts monétaires[102]. L'exercice de ce pouvoir de contrôle peut être en conflit avec l'obligation des pays d'accueil de respecter les clauses des TBI. La mise en application de la clause de transfert peut ainsi s'avérer problématique en cas de crise économique ou de perturbations ayant des allures de révoltes ou de guerre civile[103].

F.- Clauses sur l'expropriation et la nationalisation

L'un des objectifs ayant motivé la mise en place des TBI était de protéger les investisseurs étrangers contre les nationalisations et les expropriations dans les pays d'accueil. Toutefois, lorsque les politiques de nationalisation ayant suivi la décolonisation de plusieurs pays en développement se sont estompés et que les expropriations sont devenues plus

---

[98] Voir l'Accord entre le Gouvernement du Burkina Faso et le Gouvernement de la République du Tchad concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 18 mai 2001, article 4.

[99] Voir l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République démocratique du Congo, *op. cit.*, article 8.

[100] Voir l'Accord Algérie-Afrique du Sud, *op. cit.,* article 6.

[101] Voir l'Accord entre le Gouvernement du Burkina Faso et le Gouvernement de la République du Tchad concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 18 mai 2001, article 4.

[102] Voir J. W. SALACUSE, *The Three Laws of International Investment (…)*, *op. cit*., pp. 75-88.

[103] Voir W. W BURKE-WHITE, « The Argentine Financial Crisis: State Liability Under BITs and the Legitimacy of the ICSID System », *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, 2008, p. 199.

rares, il est apparu que l'exercice du pouvoir normatif des États était désormais à l'origine d'interférences avec le droit de propriété. Par ailleurs, les pays en développement sont progressivement devenus des exportateurs de capitaux, avec des investisseurs ayant eux aussi besoin de protection. Celle-ci n'est donc plus perçue comme exclusivement destinée aux investisseurs des pays occidentaux, traditionnellement exportateurs de capitaux.

La lecture des TBI démontre l'existence d'un consensus s'agissant du droit d'exproprier les investissements étrangers si des impératifs d'utilité publique, de sécurité ou d'intérêt national le justifient[104]. Cependant, pour être régulière, une expropriation doit respecter certaines conditions : les mesures conduisant à l'expropriation doivent être prises selon une procédure légale, ne pas être discriminatoires ni contraires à un engagement spécifique[105]. De plus, lesdites mesures doivent prévoir le paiement d'une compensation[106]. Toutefois, des divergences existent quant aux normes qui la réglementent. Pour traiter cette question de l'indemnisation, plusieurs TBI se réfèrent à la formule de Hull[107], selon laquelle la compensation doit être prompte, adéquate et effective[108], trois critères définis par certains TBI[109].

G.- Les dispositions sur les mécanismes de règlement des différends

Les obligations contractées par les États dans les accords seraient dénuées de substance si elles pouvaient être violées impunément. C'est pourquoi, afin de garantir l'exécution des engagements conventionnels, la plupart des accords comportent des dispositions sur les mécanismes de règlement des différends[110]. Les clauses y relatives peuvent être de deux natures. Premièrement, il y a un mécanisme pour le règlement des différends entre les États contractants. Celui-ci est utilisé pour régler des différends concernant l'interprétation ou l'application du traité. Les États concernés peuvent régler leur différend soit par voie diplomatique soit par un arbitrage *ad hoc*[111]. Deuxièmement, pour les conflits opposant les investisseurs étrangers aux États d'accueil, les TBI prévoient une combinaison de plusieurs

[104] Voir l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République démocratique du Congo, *op. cit.*, article 7, § 1.
[105] *Idem*.
[106] Voir l'Accord Algérie-Afrique du Sud, *op. cit.,* article 6.
[107] Voir G. H. HACKWORTH, *Digest of International Law*, Washington, D.C., Government Printing Office, 1942, pp. 655-664.
[108] Voir UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, *op. cit*., p. 69.
[109] Voir l'Accord entre le Gouvernement du Costa Rica et le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord pour la promotion et la protection réciproque des investissements, adopté le 7 septembre 1982 et entré en vigueur le 26 novembre 1997, article 5.
[110] Voir J. POHL, K. MASHIGO, A. NOHEN, « Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey », *OECD Working Papers on International Investment*, n° 2012/02, Paris, OECD Publishing, 2012.
[111] Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République du Mali relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, 11 juillet 1996, article 10.

formules[112]. Les uns préconisent de résoudre les différends à l'amiable, par négociation ou par voie diplomatique, tout en autorisant la saisine des juridictions nationales ou des tribunaux arbitraux en cas d'échec[113]. Ils spécifient parfois que le choix de l'une ou l'autre de ces procédures est définitif[114]. L'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), l'arbitrage conduit sous les règles de la Commission des Nations Unies sur le droit du commerce international (CNUDCI) et l'arbitrage *ad hoc* constituent les voies de résolution des différends les plus choisis par les États dans les TBI[115]. Quelques rares TBI prévoient l'accès aux juridictions nationales et ne permettent le recours à l'arbitrage que pour les litiges relatifs à la clause d'expropriation, de nationalisation ou à toute autre mesure ayant un effet équivalent, spécialement en ce qui concerne l'indemnisation[116].

L'analyse de la structure des accords reflète des lacunes qui doivent être comblées pour les rendre plus compatibles avec leurs intérêts et pérenniser ainsi la protection que ces AII se proposent d'octroyer aux investisseurs privés.

III.- Pistes de rationalisation des AII

Plusieurs AII, notamment les TBI des pays africains, ont subi l'effet de l'obsolescence. Ils ont été négociés au moment où les préoccupations économiques dominaient le décor dans les relations d'investissement. Cette réalité a évolué, de sorte qu'aujourd'hui les problématiques sur l'environnement, la santé, la sécurité, la capacité des États à réglementer s'invitent dans le débat sur les accords d'investissement. La persistance des questions relatives à ces thématiques fait de la rationalisation des accords une préoccupation pressante si les pays africains veulent rentabiliser leur ouverture au regard des investissements étrangers[117]. Dans un premier temps, les pays africains ont signé des TBI avec leur ancienne métropole, souvent sans regard critique, afin de ne pas compromettre les relations d'aide

[112] Voir J. POHL, K. MASHIGO, A. NOHEN, « Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey », *op. cit*., p. 3.
[113] Voir le TBI Burundi-Maurice, *op. cit*., article 9, § 3.
[114] Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République du Mali, *op. cit*., article 9.
[115] Voir la Convention entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République du Soudan sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 24 octobre 2001.
[116] Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République de Maurice et le Gouvernement de la République du Sénégal concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 14 mars 2002 et entré en vigueur le 14 octobre 2009, article 8, § 3.
[117] Voir I. J. MINDE, M. M. WAITHAKA, « Rationalization and Harmonization of Seed Policies and Regulations in Eastern and Central Africa: Effecting Policy Change through Private Public Partnerships », conference paper, International Association of Agricultural Economists (IAAE), 2006 Annual Meeting, 12-18 August 2006, p. 4 : « *Rationalization aims at changing the way business is done so as to increase efficiency or reduce waste* ».

économique entretenues avec leurs anciens maîtres[118]. À l'époque coloniale, le mouvement de signature de TBI était porteur de relents susceptibles de susciter un sursaut d'orgueil des pays sous colonisation et d'accélérer leur lutte pour l'indépendance, afin d'avoir la mainmise sur leur destin économique. Actuellement, cependant, d'autres défis majeurs se posent.

En effet, les considérations de droit humains, de protection de l'environnement, de respect des normes sociales du travail font partie intégrante des enjeux que le droit des investissements doit affronter. Or, il s'agit de questions moins traitées dans les accords, alors qu'elles soulèvent des divergences entre plusieurs acteurs dont les États d'accueil, les investisseurs étrangers et les organisations non gouvernementales.

Les pays africains doivent – et certains ont déjà commencé – aller au-delà du simple suivi des modèles proposés pour signer des TBI dont les dispositions concordent avec leur souveraineté réglementaire[119]. Pour plusieurs des TBI signés, les pays africains ont été sollicités par les pays développés avec parfois un modèle à prendre ou à laisser[120]. Cette réalité, qui s'est transposée dans la négociation de TBI Sud-Sud où une partie, économiquement plus forte imprime sa volonté dans certaines dispositions[121], nous paraît une renonciation à leur prérogative de souveraineté et une méconnaissance de leur besoin de développement[122]. Les pays africains doivent revoir leurs accords – et les exemples à ce sujet ne manquent pas[123] – pour y intégrer une dimension adaptée à leur réalité interne, garantissant ainsi une rationalisation durable. Rationaliser les TBI exige un grand courage

---

[118] Voir J. W. SALACUSE, *The Three Laws of International Investment (…)*, *op. cit*., p. 104, note de bas de page 88 : « *a donor State's foreign aid to developing countries is function of numerous factors including strategic, commercial, political and humanitarian considerations* ».

[119] Pour le cas de l'Afrique du Sud, voir Peter LEON, Jonathan VEERAN, Erin WARMINGTON, « South Africa Declines to Renew Bilateral Investment Treaties with European Union Member States », Mondaq, 26 juillet 2012 : « *Minister of Trade and Industry (…) observed that the first-generation of BITs "pose a risk and limitation on the ability of the Government to pursue its Constitutional-based transformation agenda" (…) the Cabinet endorsed the review's recommendations in April 2010 and decided to refrain from entering into any new BITs except in cases of "compelling economic and political circumstances". The government also undertook to review all first-generation BITs that are approaching their expiry date "with a view to termination, and possible renegotiation on the basis of a new Model BIT to be developed". [The Minister] suggested that domestic legislation might replace BITs to appropriately balance investor protection with other public interest goals, including the promotion of development and historical redress. He was critical of international arbitration, which he considered unpredictable; implying that it impeded further governmental intervention in the economy* ».

[120] Voir : M. MALIK, « Recent Developments in Regional and Bilateral Investment Treaties », IISD, Forum for developing country investment treaty negotiators held in Marrakech, 2008 ; Kate MILES, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 92.

[121] *Ibid*., p 92.

[122] Voir, en général, R. DOLZER, Ch. SCHREUER, *Principals of International Investment Law, op. cit*.

[123] Voir le modèle canadien dont le préambule reconnait : « *the promotion and the protection of investments and investors of one party in the territory of the other party will be conducive to the stimulation of mutually beneficial business activity, to the development of economic cooperation between them and to the promotion of sustainable development* ».

de leur part s'ils veulent progresser et adopter une approche plus stratégique pour défendre leurs intérêts.

A.- Nécessité d'amélioration des dispositions

Les pistes d'amélioration qui feraient des AII des outils de promotion de valeurs sociales incluent le renforcement de leur effectivité à travers un plaidoyer pour leur ratification. L'autre dimension consisterait à insérer des dispositions renforçant la flexibilité normative des pays d'accueil, essentielle pour la conduite des affaires publiques.

1.- Renforcement de l'effectivité des AII à travers leur ratification

Malgré la kyrielle d'accords signés entre les pays africains, force est de constater que beaucoup d'entre eux ne sont pas en vigueur[124]. Le Nigeria a signé six TBI et en a ratifié un, tandis que le Bénin a ratifié un TBI sur les sept signés avec les pays africains[125]. L'Égypte, quant à elle, a ratifié seulement 12 TBI, alors qu'elle en a conclu 31 avec les pays africains[126].

L'Éthiopie manifeste une tendance différente avec un taux de ratification plus élevé des TBI avec ses homologues africains. Sur neuf TBI avec les pays africains, elle en a ratifié cinq[127]. Sur les 11 TBI que l'Algérie a signés avec les pays africains, elle en a ratifié quatre[128]. Le Mali compte 13 TBI, dont seulement 2 sont ratifiés[129]. Maurice a signé 26 TBI avec les pays africains, dont 14 ne sont pas ratifiés[130]. L'Afrique du Sud a ratifié seulement quatre TBI parmi les 23 qu'il a signés[131]. La Tanzanie a seulement ratifié un TBI avec Maurice alors qu'elle en a signé quatre[132]. Il importe de noter que le rythme de ratification des TBI entre les pays africains et les pays développés est plus élevé que la ratification à l'intérieur des pays africains[133].

Si l'on prend en compte les statistiques de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), qui estiment que le délai d'entrée en vigueur peut dépasser 10 ans[134] et que plus de 90 % des TBI entrent en vigueur dans cette période après leur signature[135], cette non-ratification devient moins préoccupante. Cependant, analysée sous l'angle de l'effectivité des relations économiques voulues par les parties contractantes,

---

[124] Cette entrée en vigueur tardive peut être due aux procédures de ratification qui sont longues dans certains pays, mais elle peut dépendre aussi du pays et de l'importance des enjeux en question dans ledit accord. Voir UNCTAD, *The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties* (BITs), IIA MONITOR n° 3 (2006), International Investment Agreements, UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/9, p. 3.
[125] UNCTAD, Investment Treaties, *op. cit*.
[126] *Idem.*
[127] *Idem.*
[128] *Idem.*
[129] *Idem.*
[130] *Idem.*
[131] *Idem.*
[132] *Idem.*
[133] *Idem.*
[134] UNCTAD, *The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties* (BITs), *op. cit*., p. 3.
[135] *Ibid.*, p. 4.

la non-ratification paralyse les effets de l'accord signé. La ratification est une étape importante dans la réalisation des objectifs que les hautes parties contractantes ont assignés à l'accord[136]. Sans ratification, les droits et obligations contenus dans les TBI signés ne seront pas effectifs[137]. Les investisseurs étrangers ne pourront pas se prévaloir de la protection sous le TBI ou l'AII non ratifié en cas de litige. Dès lors, le défaut de ratification d'un accord peut être un handicap à la conclusion de nouveaux AII[138]. En outre, la non-ratification d'un TBI écorne l'image favorable qu'un pays avait manifestée pour la protection des investissements étrangers[139]. Les pays africains doivent, à cet égard, consentir des efforts pour vivifier ces accords non seulement en augmentant leur taux de ratification, mais aussi en y intégrant des dispositions qui prennent en compte d'autres préoccupations d'intérêt public.

2.- Insertion des dispositions favorisant la prise en compte des préoccupations autres qu'économiques

La flexibilité normative des AII est actuellement très limitée en ce que beaucoup d'accords jusqu'ici signés par les pays africains comportent peu, ou pas, de dispositions de nature à libérer les pays d'accueil de leurs engagements dans certaines circonstances qui l'exigent. L'incorporation dans les accords de clauses sur les réserves les rendrait plus compatibles avec les intérêts des pays africains, tandis que l'insertion de préoccupations environnementales, sociales et sanitaires permettrait l'inclusion de la dimension du développement durable et, partant, la prise en compte d'autres préoccupations au-delà des aspects économiques.

2.1.- Les réserves

Les réserves constituent le parent pauvre des accords internationaux d'investissement que les pays africains ont ratifiés, alors qu'elles sont

---

[136] Voir Arjan LEJOUR, Maria SALFI, « The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment », *op. cit*., p. 6 : « *If countries have ratified a bilateral investment treaty then they invest on average 35% more in terms of stocks than country pairs without a ratified BIT* », même si « *the investment effects are not significant for countries in Sub-Saharan Africa* ».

[137] Voir Karl P. SAUVANT, Lisa E SACHS, « The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: *op. cit*., p. 8 : « *BITs only become legally binding instruments when they enter into force. Although the signing of a BIT may have some legal consequences for host countries under international law, this act does not "establish legally binding obligations of the latter vis-à-vis the foreign investors* ». Voir également la Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, articles 18 et 24.

[138] Voir Robert PAHRE, *Politics and Trade Cooperation in the Nineteenth Century: The "Agreeable Customs" of 1815-1914*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 257-258 : « *States are reluctant to sign trade treaties with states that have a history of not ratifying* ».

[139] Voir Louis T. WELLS, « The Emerging Global Regime for Investment: A Response », p. 144 : « *The treaties could be important for investors mainly because investors do not trust judicial systems in developing countries to provide them with adequate protections, as they believe they receive in their home countries* ».

considérées comme des moyens essentiels qui permettent de garantir une certaine flexibilité normative indispensable au pays d'accueil[140].

En réalité, l'essence des réserves « est de poser une condition : l'État ne s'engage qu'à la condition que certains effets juridiques du traité ne lui soient pas appliqués, que ce soit par l'exclusion ou la modification d'une règle ou par l'interprétation ou l'application de celle-ci »[141]. En ce sens, la réserve est définie comme une « déclaration unilatérale par laquelle un État qui devient partie à un traité manifeste sa volonté d'exclure ou de modifier l'effet que certaines dispositions du traité peuvent produire à son égard »[142]. L'objectif des réserves est d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'État qui les formule[143].

Les réserves peuvent donc contribuer à prendre en considération les préoccupations économiques, en permettant d'exclure de la compétence du CIRDI certaines matières ou certains secteurs d'activité dont le contrôle s'avère indispensable pour le développement national. C'est ainsi que le Vietnam et le Royaume-Uni excluent du traitement national plusieurs secteurs, notamment la presse, l'importation et la distribution de services, les télécommunications, le tourisme, la banque et l'assurance, ainsi que l'exploitation du pétrole, du gaz et la pêche.[144]. Cet accord exclut également de sa portée la propriété et l'utilisation des terres et des résidences, les subsides gouvernementaux et l'aide aux entreprises locales, les prix et les tarifs de certains produits et services sous contrôle étatique[145]. Ces exclusions s'apparentent « à un traitement spécial et différentiel favorisant une partie de l'industrie nationale »[146]. L'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Cariforum comporte aussi plusieurs réserves[147], qui se rapportent à la distribution de certains services et à la présence commerciale[148].

---

[140] Voir CNUCED, *Conserver la flexibilité dans les AII : utilisation des réserves*, New York, Nations Unies, 2007, p. 7.
[141] Voir P. REUTER, *Introduction au droit des traités* (revue et augmentée par Philippe Cahier), Paris, Presses universitaires de France, 3e éd., 1995, p 71.
[142] Voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, 4e éd. p. 785.
[143] Voir Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, article 2, § 1, d).
[144] Voir : Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Socialist Republic of Vietnam for the Promotion and Protection of Investments, 1er août 2002, annexe intitulée « Exceptions to the grant of national treatment to investments and returns of investments of nationals or companies of the United Kingdom » ; *Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, Royaume-Uni et Irlande du Nord et Panama, 7 octobre 1983 (entrée en vigueur le 7 novembre 1985).
[145] *Idem*.
[146] Voir N. MONEBHURRUM, « L'utilisation contemporaine du développement en droit international des investissements : la méconnaissance des réalités régionales », *in* M. J. AZNAR GÓMEZ, M. E. FOOTER (coord.), *Select proceedings of the European society of international law*, vol. 4, *Regionalism and International Law Valencia*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 11.
[147] Accord de partenariat économique entre l'UE et les États du Cariforum, 15 octobre 2008.
[148] *Ibid.*, article 66, article 69 et annexe IV.

Ces exclusions peuvent accroître la marge d'action des PED pour mettre en œuvre les politiques de développement économique, sans tordre le cou aux obligations internationales issues des accords d'investissement. Elles se présentent comme une solution à la difficulté des PED de « trouver l'équilibre délicat et complexe entre l'utilisation des AII pour attirer les investissements étrangers directs, d'une part, et, d'autre part, la conservation de la dose de flexibilité nécessaire pour atteindre les objectifs de développement national »[149]. Les réserves sont donc utiles, surtout en matière d'investissement où « l'interdépendance croissante des pays dans une économie mondialisée et l'apparition des règles régissant les relations économiques internationales »[150] posent des contraintes à l'autonomie réglementaire des pays d'accueil.

Les réserves permettent de réconcilier les désaccords entre les parties à un accord en leur offrant la possibilité de prendre en considération leurs intérêts divergents. Ce faisant, elles diminuent les tensions que pourraient causer certaines dispositions et offrent aux États l'opportunité d'encourager des investissements qui tiennent compte des intérêts de chaque partie signataire[151]. Toutefois, le potentiel des réserves pour intégrer l'intérêt général reste limité en raison de leur rare utilisation. Cette rareté s'expliquerait par la crainte de freiner les flux d'investissements étrangers en imposant des restrictions aux secteurs les plus attractifs. La crainte d'une désertion des investisseurs étrangers ne saurait pour autant justifier l'inaction. Les pays africains doivent oser faire des choix si ceux-ci constituent la seule voie pour accroître la rentabilité des AII. Des institutions spécialisées en matière d'investissement, comme la CNUCED[152] et l'Institut international pour le développement durable (IIDD)[153], recommandent en ce sens aux pays d'inclure les réserves dans leurs accords.

2.2.- Insertion de préoccupations autres qu'économiques dans les AII

À la lecture des dispositions des AII, le vœu de protéger les investissements et de créer un climat qui leur est favorable est clairement exprimé[154]. Presque la totalité des préambules des AII comporte des

[149] Voir CNUCED, *Conserver la flexibilité dans les AII : utilisation des réserves*, *op. cit.*, p. 6.
[150] Voir CNUCED, *Consensus de São Paulo*, TD/410, 25 juin 2004.
[151] Voir V. FON, « Treaty Formation and Reservations », *SSRN Electronic Journal*, 25 août 2010, p. 15.
[152] Voir CNUCED, *Conserver la flexibilité dans les AII : utilisation des réserves*, *op. cit.*
[153] Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable de l'IIDD, IIDD, 2005, révisé et traduit en 2006, article 51.
[154] Voir l'Accord entre le Gouvernement de la République de Maurice et le Gouvernement de la République de Guinée sur la promotion et la protection réciproques des investissements, 18 mai 2001, préambule : « désireux de développer et de renforcer leur coopération économique et industrielle dans le long terme et en particulier de créer les conditions favorables pour la réalisation d'investissements par les investisseurs d'une Partie Contractante sur le territoire de l'autre Partie Contractante. Reconnaissant la nécessité de protéger les investissements réalisés par les investisseurs des deux Parties Contractantes et de stimuler le flux des investissements et des initiatives individuelles en matière d'affaires, en vue de promouvoir la prospérité économique des deux Parties Contractantes (…) ».

paragraphes affirmant la recherche du développement économique comme intérêt des pays signataires[155]. La réduction de l'objectif poursuivi à cette seule dimension économique et de sécurisation du cadre d'investissement contribue à marginaliser les autres valeurs. Les questions concernant les normes de travail, la protection de l'environnement, la santé, les droits humains et la lutte contre la corruption méritent autant d'attention, car elles font partie intégrante du développement durable[156]. Le peu d'intérêt pour ces problématiques constitue la lacune majeure des AII liant les pays africains. Ceux-ci doivent revisiter leur formulation des préambules et autres dispositions pour y incorporer ces thématiques s'ils veulent aménager la flexibilité normative indispensable pour gérer les affaires publiques.

L'inclusion de dispositions en rapport avec le développement durable dans les préambules et le texte de l'accord permettrait aux pays de prendre en compte leur intérêt général et de pérenniser simultanément la protection offerte aux investisseurs étrangers. Il en serait ainsi, car une affirmation clairement exprimée dans les préambules et dans les dispositions substantielles contribuerait à l'amélioration de la prévisibilité de l'interprétation de l'accord en cas de différend opposant les pays d'accueil aux investisseurs étrangers[157].

La prédominance de la protection des intérêts économiques des investisseurs étrangers dans les AII peut toutefois leur nuire. En effet, si la pression d'autres priorités nationales s'accentue, les pays africains pourraient choisir l'ultime option de renoncer ou de diminuer la protection accordée aux investisseurs étrangers. Pour l'heure, la tendance de l'insertion de dispositions sur l'environnement, les normes sociales et la santé existe, même si elle est à son stade embryonnaire. Quelques accords récemment signés avec le Canada, les États-Unis, l'Union européenne ou la Chine incorporent des clauses relatives au développement[158]. L'analyse des AII révèle, par ailleurs, une faible présence des clauses sur les exceptions. Or, ces dispositions offrent la marge de manœuvre aux pays pour accomplir plusieurs autres objectifs

[155] À cet égard, voir W. Ben HAMIDA, « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *Journal du droit international*, vol. 4, 2008, p. 999, qui note la prédominance des préoccupations économiques dans les TBI : « [e]n se référant au seul développement économique ou du commerce, ces préambules ne visent pas d'autres formes de développement, tels que le développement social ou culturel ».

[156] Voir A. NEWCOMBE, « Sustainable Development and Investment Treaty Law », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, 2007, p. 6 : « *IIA regime could do more to promote sustainable development* ».

[157] La Cour internationale de Justice se réfère souvent aux préambules des traités pour en déterminer ou en confirmer la portée. Voir notamment les affaires suivantes : *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 août 1952, pp. 24-25 ; *Souveraineté sur certaines parcelles frontalières (Belgique c. Pays-Bas)* arrêt du 20 juin 1959, p. 16 ; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, arrêt du 3 février 1994, p. 22.

[158] Voir : Gouvernement du Canada, Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE), 2021 ; Union européenne et Canada, Accord économique et commercial global (AECG), 2016 ; Gouvernement des États-Unis, Trade and Investment Framework Agreement between the East African Community and the Government of the United States, 2008.

légitimes dans divers secteurs, sans contrevenir aux obligations des AII[159]. Cet espace de liberté normative est nécessaire étant donné que les obligations qu'imposent les accords d'investissement pourraient indûment entraver la capacité des pays de légiférer pour contrer les effets négatifs des activités des investisseurs étrangers[160]. Les pays africains ont donc tout intérêt à envisager ces clauses dans les futures négociations de nouveaux AII ou à réviser, s'il le faut, les anciens accords[161].

B.- Restriction de la définition du concept d'investissement

Les AII des pays africains comportent une définition extensive de la notion d'investissement. Malgré l'existence de légères différences, la définition la plus fréquente[162] est ainsi configurée :

> « 1) Le terme "investissement" désigne des avoirs tels que les biens, droits de toutes natures et tout élément d'actif quelconque en lien avec une activité économique et, plus particulièrement, mais non exclusivement : a) les biens meubles et immeubles et tous autres droits y relatifs tels qu'hypothèques, privilèges, gages, usufruit et droits analogues ; b) les actions, parts sociales, titres et obligations ou toute autre forme de participation dans une société ; c) les créances et droits à toutes prestations contractuelles ayant valeur financière ; d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle tels que brevets d'invention, licences, marques déposées, modèles ou maquettes industrielles, les procédés techniques, les noms déposés, le savoir-faire et la clientèle ; e) les concessions accordées par la loi ou en vertu d'un accord, notamment les concessions relatives à la prospection, l'extraction, ou l'exploitation de ressources naturelles.
> 1.1. Ces investissements sont ceux effectués conformément à la législation de la partie contractante sur le territoire de laquelle ils sont effectués.
> 1.2. Les investissements de nationaux ou sociétés d'une partie contractante effectués sur le territoire de l'autre partie contractante, avant l'entrée en vigueur du présent accord, ne peuvent bénéficier des dispositions de celui-ci qu'après leur mise en conformité avec la législation relative aux investissements étrangers de la dernière partie contractante en vigueur à la date de signature du présent accord.
> 1.3. Toute modification de la forme d'investissement des avoirs et actifs ci-dessus n'affecte pas leur qualification d'investissement, à condition que

[159] Voir W. W. BURKE-WHITE, A. VON STADEN, « Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, vol. 2, 2008, p. 316.
[160] Voir A. NEWCOMBE, « General Exceptions in International Investment Agreements », Draft Discussion Paper Prepared for BIICL Eighth Annual WTO Conference, 13-14 mai 2008, Londres, p. 1.
[161] Voir W. W. BURKE-WHITE, A. VON STADEN, « Non-Precluded Measures Provisions, the State of Necessity, and State Liability for Investor Harms in Exceptional Circumstances », *in* M. H. MOURRA, T. E. CARBONNEAU (eds.), *Latin American Investment Treaty Arbitration*: *The Controversies and Conflicts*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 105, p. 135.
[162] Il existe cependant des accords signés avec le Canada ou les États-Unis qui fondent leur définition sur la notion d'entreprise.

> cette modification soit conforme à la législation de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement est réalisé »[163].

La portion de phrase « [l]e terme "investissement" désigne des avoirs tels que (…) et, plus particulièrement, mais non exclusivement »[164] ou d'autres formules indiquant que l'investissement inclut « tout type d'actif » ou encore « tout type d'intérêt économique (…) »[165] consacrent une énumération illimitée des actifs protégés. En l'absence de toute limite, l'énumération des actifs qui y est faite « dépasse de loin la notion juridique de l'investissement international, pour recouvrir toutes les formes possibles des biens étrangers »[166]. Cette définition dilue la notion d'investissement et la prive, par conséquent, de spécificités puisqu'elle la confond à tout[167].

La restriction de la définition du concept d'investissement constitue une voie de solution susceptible de renforcer la flexibilité normative pendant qu'elle contribuerait à réduire l'imprévisibilité dans son interprétation en cas de conflit d'investissement[168]. Moyennant quelques aménagements qui tiennent compte du contexte de l'accord et des réalités des parties contractantes, la définition que propose l'IIDD dans son modèle d'accord paraît offrir une référence pertinente pour délimiter le concept d'investissement. Cette définition est ainsi libellée :

> « i) une société ; ii) des actions, valeurs ou autres formes de participation au capital d'une société ainsi que les obligations et autres formes d'intérêt débiteur dans une société ; iii) droits contractuels tels que ceux obtenus en vertu de contrats clés en main, de construction ou de gestion, de contrats de production ou de partage des recettes, de concessions ou autres contrats similaires ; iv) les biens corporels, y compris les biens immobiliers et les biens incorporels, y compris les droits, tels que les baux, hypothèques, privilèges et gages sur le bien immobilier ; v) les droits accordés conformément à la loi tels que les licences et permis à condition que : a) lesdits investissements ne soient pas des placements en portefeuille qui n'entreront pas dans le champ d'application du présent Accord ; b) l'investissement ait une présence physique importante dans l'État d'accueil l'investissement dans l'État d'accueil soit réalisé conformément aux lois de ce dernier ; d) l'investissement constitue tout ou partie d'une entreprise ou

[163] Voir l'Accord portant sur la promotion et la protection réciproques des investissements, Algérie-Mali, signé le 11 juillet 1996 et entré en vigueur le 16 février 1999.
[164] *Idem.*
[165] Cette formulation permet d'éviter d'avoir à distinguer entre « actif » et « intérêt » et est sans doute encore plus générale. Voir CNUCED, *Portée des définitions*, Doc. ONU UNCTAD/DIAE/IA/2010/2 (2011), p. 38.
[166] Patrick JUILLARD, « Investissements privés », *Annuaire français de droit international*, vol. 30, 1984, p. 784.
[167] Voir S. CLAVEL, Y. DERAINS, « La définition de l'investissement », communication présentée lors de la journée d'étude « Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement ? », organisée par le groupe de travail Conventions, le 27 mars 2013.
[168] La nécessité de cette flexibilité dans la mise œuvre du pouvoir normatif ressort de la déclaration conjointe de l'Union européenne et des États-Unis d'Amérique faisant référence au besoin de « *to promote responsible business conduct, preserve government authority to regulate in the public interest and avoid attracting foreign investment by weakening or failing to apply regulatory measures* » (2012 Joint Statement by the European Union and the United States, issued under the auspices of the Transatlantic Economic Council).

d'une exploitation commerciale ; e) l'investissement soit effectué par un investisseur tel qu'il est défini dans le présent Accord ».

Cette définition s'écarte du schéma traditionnel, car elle ne reprend pas la formule investissement : « tout avoir », « notamment », « mais non exclusivement ». Elle inclut la société parmi les investissements protégés et définit comme investissement les actions ou autres formes d'instruments de possession d'actifs dans une société, ainsi que d'autres droits importants liés à l'exploitation de l'entreprise dans le pays d'accueil.

***

Après analyse des AII que les pays africains ont intégrés dans leur corpus normatif, le constat qui se dégage est que les pays africains occupent un positionnement qui fait d'eux des acteurs à part entière du régime juridique d'investissement. Ils ont signé des AII entre eux et avec les pays des autres continents. Les pays africains doivent mettre à profit cette ouverture favorable aux investissements pour (re)négocier des AII qui s'accordent avec leur priorité nationale de développement économique. Le souci de rationalisation des AII, pour qu'ils deviennent de véritables instruments de promotion du développement économique durable, exige de faire taire certains commentaires doctrinaux qui leur reprochent l'absence de véritables négociations en les comparant à des séminaires de formation pour mieux se conformer aux modèles qui leur sont proposés[169]. L'adoption d'une stratégie de négociation conséquemment définie pour accroître la possibilité d'intégration des dispositions relatives aux exceptions, aux réserves, ainsi qu'à la protection des autres valeurs constitue une option de rationalisation que ces pays devraient prendre au sérieux. En revisitant la définition du concept d'investissement pour lui assigner des limites, les pays africains accroîtraient leur pouvoir de contrôle des activités des investisseurs étrangers et sauvegarderaient ainsi l'intérêt général, dont la protection se trouve au cœur des attributs de leur souveraineté.

[169] Voir C. G. GARCIA, « All the Other Dirty Little Secret: Investment Treaties, Latin America, and the Necessary Evil of Investor State Arbitration », *Florida Journal of International Law*, vol. 16, 2004, p. 316. Voir aussi P. GENADY, « The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties », *American Society of International Law Proceedings*, vol. 86, 1992, pp. 534-536.

AU-DELÀ DES ILLUSIONS : QUELLE PLATEFORME JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'OHADA ?

Alioune Badara THIAM*

Maître de conférences titulaire,
Enseignant-chercheur à l'Université Gaston Berger de Saint-Louis

Le moment est venu d'accroître l'investissement en Afrique. Le continent, et plus particulièrement la région subsaharienne, devrait connaître de forts taux de croissance, les conditions devenant favorables aux investissements[1]. L'Afrique regorge, en effet, d'opportunités d'affaires dans divers secteurs, tels que l'agriculture, la transformation alimentaire, la construction, l'industrie, les mines, le tourisme, le commerce, le transport, l'énergie, etc. L'une des principales entraves résidait dans l'insécurité juridique et judiciaire, à laquelle s'ajoutent des guerres fratricides, encore aujourd'hui largement liées à des antagonismes ethnico-religieux et à des conflits d'intérêts politiques entre dirigeants soucieux de conserver le pouvoir. Si cette dernière lacune persiste, le dispositif juridique, jadis fragmenté, connaît néanmoins un tournant, notamment avec les processus d'intégration régionale et sous-régionale.

À la lumière des différentes réformes économiques et juridiques que connaît le continent, l'Afrique devient une place de plus en plus attractive pour les investisseurs, notamment en raison de l'amélioration considérable de son environnement des affaires. Désormais, le droit est appelé à jouer un rôle central dans l'intégration économique et la croissance. L'objectif est de créer un espace juridique intégré, sécurisant les relations et opérations économiques, afin de favoriser l'essor de l'économie, d'encourager l'investissement et de propulser un pôle de développement durable[2]. Ces idées de départ subissent aujourd'hui l'épreuve des réalités contemporaines, dans lesquelles les investisseurs étrangers ont besoin de davantage de sécurité et de prévisibilité dans l'exercice de leurs activités. Au-delà de cette approche simpliste, plusieurs facteurs méritent d'être pris en considération. La question

* L'auteur tient à remercier Mamadou Thiam, docteur en management des entreprises, pour sa contribution. Les critiques et suggestions peuvent être adressées à l'adresse suivante : alioune-badara.thiam@ugb.edu.sn.

[1] Voir notamment Fonds monétaire international, *Perspectives économiques régionales. Afrique subsaharienne : entre réformes et grandes espérances*, Washington, D.C., 2024, p. 2 ; Commission de l'Union africaine et Agence de développement de l'Union africaine, *Deuxième rapport continental sur la mise en œuvre de l'Agenda 2063*, Midrand, 2022, p. 19.

[2] Voir P. G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, n° spécial, novembre-décembre 2011.

qui se pose alors est celle de savoir si un espace juridique intégré suffit à assurer la sécurité des investissements étrangers ou locaux.

Créée pour harmoniser et moderniser le droit des affaires dans ses États membres, l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) vise à instaurer un cadre juridique simple, adapté et sécurisant pour l'activité des entreprises. L'application de ce droit, selon les termes du cinquième paragraphe du préambule du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique[3], doit garantir la sécurité juridique des activités économiques, favoriser leur essor et encourager l'investissement. Ce cadre normatif, tel que prévu dans ce traité, est réputé constituer un environnement propice pour les investisseurs étrangers[4]. Cependant, aucun des onze actes uniformes consacrés par l'OHADA – qui sont des textes juridiques ayant force obligatoire dans tous les États membres – n'est spécifiquement dédié à l'investissement. Le cadre normatif des États membres de l'OHADA reste fragmenté et mérite d'être repensé pour mieux répondre aux exigences qui régissent ce domaine.

Généralement, les règles du droit international de l'investissement, telles que spécifiées dans les codes ainsi que dans les traités bilatéraux ou multilatéraux en la matière, visent à régir les relations de coopération entre un investisseur étranger et un État. Dans ce cadre, les investisseurs cherchent à entreprendre des activités économiques dans l'État d'accueil. En retour, celui-ci leur garantit, de manière juste et équitable, une protection sans porter atteinte aux intérêts des investisseurs nationaux. De telles règles de protection ne sont pas faciles à répertorier, voire sont absentes, du cadre juridique de l'OHADA.

Il convient de relever, d'emblée, que l'intitulé même du Traité de l'OHADA indique qu'il ne s'agit pas d'un instrument spécifiquement consacré aux investissements, contrairement, par exemple, aux Accords de protection et de promotion des investissements (APPI), à la Convention de Washington de 1965 instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ou encore à la Convention de Séoul de 1988 créant l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)[5]. Toutefois, des initiatives d'harmonisation des politiques en matière d'investissement sont en cours.

Au niveau sous-régional, et dans le cadre du processus d'intégration, un projet de Code communautaire des investissements des États de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) a été engagé en 2000. Les discussions achoppent principalement sur les dispositions fiscales, qui

[3] Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ou Traité de Port-Louis a été signé le 17 octobre 1993 à l'Île Maurice et est entré en vigueur en 1995 (révisé en 2008).
[4] Voir : R. MASAMBA, « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *Penant*, n° 855, p. 137 ; F. ONANA ETOUNDI, « La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle joué par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », *Actualités juridiques*, n° 53, 2007, p. 3 ; L. BENKEMOUN, « Sécurité juridique et investissements internationaux », *Penant*, n° 855, p. 193.
[5] Voir S. MANCIAUX, « Que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? », *Revue de l'ERSUMA*, n° 1, 2012, p. 269.

constituent un point de discorde entre les États membres[6]. Ce code a vocation à remplacer la pluralité des codes nationaux existants et à introduire davantage de rationalité et d'efficacité dans l'environnement économique et juridique de l'Union. Il devra régir l'ensemble des conditions de création et de fonctionnement des entreprises au sein des États membres. Le texte prévoit notamment la généralisation des centres de promotion des investissements dans tous les États, afin de simplifier les procédures de création d'entreprises et de renforcer la sécurité juridique et juridictionnelle à laquelle tous ont souscrit. Il doit également offrir aux investisseurs une compréhension claire des politiques économiques, budgétaires et financières de l'Union. Par ailleurs, il vise à assurer la protection effective des investisseurs et à faciliter l'exercice de leurs activités. Ce dispositif devra être complété par des directives et/ou des recommandations communautaires, destinées à améliorer en permanence l'environnement des affaires et à contribuer à la promotion de l'entreprise et de l'investissement au sein de l'UEMOA. Ce projet ambitieux peine toutefois à se concrétiser.

Au sein de la Communauté économique et monétaire des États de l'Afrique centrale (CEMAC), les membres ont, depuis 1999, consenti d'importants efforts pour élaborer un cadre juridique relatif à l'investissement. Dans ce contexte, les gouvernements se sont engagés à promouvoir le développement d'un secteur privé dynamique, capable d'attirer les investisseurs nationaux et internationaux. La Charte de l'investissement constitue le cadre commun rassemblant l'ensemble des dispositions destinées à améliorer l'environnement institutionnel, fiscal et financier des entreprises, afin de favoriser la croissance et la diversification des économies des États membres. Elle prévoit une meilleure définition du rôle de l'État et un développement harmonieux du secteur privé, qu'il soit alimenté par l'investissement national ou étranger. Cette charte doit être complétée, si nécessaire, par des textes spécifiques précisant les conditions techniques, financières et fiscales de l'investissement.

Les communautés économiques de l'Afrique centrale et de l'Afrique de l'Ouest (CEMAC et UEMOA), tout comme l'OHADA, ont pour mission de favoriser l'investissement et la croissance économique. Il pourrait être intéressant de coordonner leurs efforts, afin d'améliorer conjointement la plateforme juridique de l'investissement au sein de ces espaces régionaux. Notre analyse rappellera, d'abord, le contenu des normes internationales relatives à l'investissement, avant d'examiner le dispositif normatif de l'OHADA en la matière. L'étude proposera, enfin, une plateforme pragmatique visant non seulement à attirer les investisseurs, mais aussi à assurer leur protection, tant au niveau national qu'international.

I.- Les principes directeurs en droit international de l'investissement

Les principales clauses des traités bilatéraux d'investissement précisent, entre autres, les obligations du pays d'accueil envers les

[6] Voir S. CISSE, « Climat de l'investissement dans les États membres de l'UEMOA : état des lieux », *Sidwaya*, 2 février 2007.

investisseurs de l'autre partie signataire du traité. Les dispositions essentielles concernent l'accueil et le traitement des investissements, la protection et la garantie des investissements, ainsi que le règlement des différends. Cet ensemble de dispositions constitue l'ossature du droit international des investissements. Il a pour but d'établir un régime favorable aux investisseurs, afin de leur permettre de s'installer en toute sécurité, avec les protections nécessaires.

A.- L'accueil des investissements et leur traitement

En matière d'accueil des investissements, les principales dispositions que l'on retrouve généralement dans la majorité des traités incluent : le titre et le préambule, le champ d'application, ainsi que les clauses relatives à l'admission et à la protection des investissements. Dans le préambule du Traité de l'OHADA, certaines dispositions font référence à la préparation d'un espace communautaire apte à accueillir les investissements étrangers. Toutefois, ni le titre du traité ni son champ d'application ne font explicitement référence à la protection de l'investissement[7].

La question de la délimitation du droit au traitement est essentielle en droit des investissements. Pour être effectif, ce droit doit être exercé dans le respect du droit international et du droit interne de l'État d'accueil, afin d'éviter les abus. Il suppose également l'existence d'un contrat liant l'investisseur à l'État d'accueil[8].

Le droit au traitement se décline généralement en quatre clauses auxquelles les États souscrivent dans les accords d'investissement : le traitement juste et équitable, le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée, ainsi que la protection et la sécurité pleines et entières. L'investisseur étranger peut opter pour le régime qui lui est le plus favorable en comparaison de celui appliqué aux investisseurs nationaux.

Au regard de la jurisprudence, depuis l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Cour permanente de Justice internationale, 1926)[9] jusqu'à l'affaire *Barcelona Traction* (Cour internationale de Justice, arrêt de 1970)[10], les juridictions internationales ont

[7] Voir le cinquième paragraphe du préambule du Traité de l'OHADA.

[8] Dans la majorité des pays en développement, y compris en Afrique de l'Ouest – à l'exception de quelques cas notables – l'État demeure propriétaire de la terre. Un contrat d'investissement constitue dès lors un contrat international conclu entre un État et un investisseur étranger, régi soit par le droit de l'État d'accueil, soit par le droit international. Il comporte généralement une clause d'arbitrage international et inclut fréquemment des clauses de stabilisation. Ces dernières, insérées dans les contrats d'investissement ou les contrats d'État, représentent l'un des instruments les plus efficaces dont dispose l'investisseur étranger pour se prémunir contre le risque de modifications du cadre juridique ou du régime en place.

[9] CPJI, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise,* arrêt du 25 mai 1926, *Série A*, n° 7.

[10] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne) (nouvelle requête : 1962)*, arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil 1970,* § 33 : « dès lors qu'un État admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers,

affirmé le principe selon lequel un État qui admet des investissements ou des ressortissants étrangers sur son territoire est tenu de leur accorder la protection de la loi et d'assumer certaines obligations quant à leur traitement.

Le traitement national correspond au régime appliqué aux investissements nationaux[11]. L'investisseur étranger peut opter pour le régime qu'il estime le plus favorable, en le comparant à celui dont bénéficient les investisseurs locaux. Dans la majorité des cas, les accords d'investissement prévoient l'application du traitement juste et équitable ou d'un niveau maximal de traitement aux investisseurs étrangers[12].

Le traitement juste et équitable constitue une norme à caractère absolu, définissant le niveau de protection devant être accordé selon des termes dont la portée exacte dépend du contexte d'application[13]. Sur le fond, cette norme a fait l'objet d'interprétations divergentes, en raison de son imprécision, ce qui rend difficile l'attribution d'un contenu générique. Elle implique notamment le droit pour l'investisseur d'être entendu de manière équitable et d'être protégé contre toute décision arbitraire des autorités publiques. Selon le professeur Charles Leben, elle renvoie au standard minimum de traitement des étrangers[14].

Quant à la clause de la nation la plus favorisée, elle garantit que les parties à un traité accordent un traitement au moins équivalent à celui qu'elles consentent en vertu d'autres traités dans les secteurs visés par la clause[15]. Cette disposition est devenue l'un des instruments emblématiques de la libéralisation économique en matière d'investissement.

B.- La protection et la garantie des investissements étrangers

Un cadre normatif favorable à l'attraction des investissements est toujours utile, mais encore faut-il que les investissements bénéficient d'un haut niveau de protection. La protection des investissements peut se définir comme l'ensemble des principes et des règles, de droit international comme de droit interne, ayant pour objet ou pour effet d'empêcher ou de réprimer toute atteinte publique à l'existence ou à la consistance d'un investissement international[16].

---

personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement ».

[11] Voir l'article 10 du Code des investissements du Sénégal. Ce principe permet à l'investisseur étranger d'acquérir des droits, notamment économiques, équivalents à ceux dont bénéficient les nationaux, constituant ainsi le maximum auquel il peut prétendre, puisqu'il l'assimile pleinement aux citoyens de l'État d'accueil.

[12] Il en est ainsi dans les codes d'investissement des États membres de la CEMAC et de l'UEMOA.

[13] Voir OCDE, *La norme du traitement juste et équitable, dans le droit international des investissements*, Direction des affaires financières et des entreprises, Paris, septembre 2004.

[14] Voir Charles LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements », *in Un accord multilatéral sur l'investissement ; d'un forum de négociations à l'autre*, Paris, Pedone, 1999, pp. 7-28.

[15] Voir OCDE, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, Direction des affaires financières et des entreprises, Paris, novembre 2004.

[16] Voir D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, LGDJ, 4e éd., 2010, p. 483.

Cette protection est principalement assurée par le droit international conventionnel, tandis que le droit interne s'efforce de démontrer son efficacité en appliquant les normes internationales, souvent traduites dans des accords bilatéraux conclus entre États. Selon le *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014*, plus de 3 240 accords étaient répertoriés à la fin de l'année 2013[17]. En 2023, 29 nouveaux accords internationaux d'investissement ont été conclus par divers pays et régions. Les accords bilatéraux traditionnels représentaient moins de la moitié de ces nouveaux instruments, la plupart étant des accords économiques globaux comportant des dispositions relatives à l'investissement.

La réforme des accords internationaux d'investissement se poursuit : de manière générale, les nouveaux textes couvrent un champ de plus en plus large de questions, dont la facilitation de l'investissement[18]. Ces accords visent généralement à protéger les droits des investisseurs étrangers contre l'ingérence gouvernementale des États hôtes. Les pays d'Amérique latine et d'Afrique, où se trouvent plusieurs marchés émergents à risque, participent activement à ces réseaux de traités[19]. En vertu des accords bilatéraux de protection des investissements, les États s'engagent mutuellement à ne pas porter atteinte aux droits des investisseurs étrangers par des actions arbitraires. En phase avec ces textes, le Code sénégalais des investissements de 2004 dispose, en son article 4, que :

> « Dans les conditions prévues par les lois et règlements applicables, la propriété privée de tous biens, mobiliers ou immobiliers, matériels ou immatériels, est protégée, en tous ses aspects juridiques et commerciaux, ses éléments et ses démembrements, sa transmission et les contrats dont elle fait l'objet. L'entreprise est notamment garantie contre toute mesure de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition sur toute l'étendue du territoire national, sauf pour cause d'utilité publique, légalement prévue. Le cas échéant, l'entreprise bénéficiera d'une juste et préalable indemnisation ».

Ce texte doit être lu conjointement avec les dispositions des articles 5 et 12 dudit code Il ressort de leur lecture, ainsi que de certaines conventions en matière d'investissements[20], quatre garanties essentielles : la protection contre la discrimination ; la protection contre toute expropriation poursuivant un objectif autre que l'intérêt public ; la protection contre tout traitement injuste ou inéquitable ; et la protection du droit de transférer les revenus et crédits liés à l'investissement[21].

---

[17] Voir ONU, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014 : vue d'ensemble*, New York/Genève, CNUCED, 2014, p. 22.
[18] *Ibid*., p. 23.
[19] Voir : Convention de Séoul instituant l'Agence multilatérale de garantie des investissements, (1985) ; Convention pour la protection des droits des investisseurs (1997) ; Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) (1985).
[20] Voir les traités bilatéraux d'investissements conclus entre le Sénégal et les États-Unis en 1982, avec la Corée en 1984, et avec l'Argentine en 1993. Voir également, à titre d'exemple, le Traité de protection des investissements signé en 1990 entre le Congo et les États-Unis, entré en vigueur le 13 août 1994.
[21] Titre II de la Loi n° 2004-06 du 6 février 2004 portant Code des investissements du Sénégal.

Le Sénégal a adopté un nouveau Code des investissements par la Loi n° 2025-16 du 27 septembre 2025, remplaçant le Code de 2004. Cette réforme s'inscrit dans le cadre de la Vision Sénégal 2050 et vise à moderniser le cadre juridique applicable aux investissements privés. Sur le plan de la protection des investissements, le nouveau texte procède à une clarification du régime juridique applicable aux investisseurs et aux investissements, afin d'en renforcer la lisibilité et la sécurité juridique. Tout en rationalisant la présentation des garanties offertes, il maintient les principaux standards traditionnellement reconnus en droit international des investissements, notamment la protection contre les mesures de nationalisation ou d'expropriation, la liberté de transfert des capitaux et des revenus liés à l'investissement, ainsi que le principe d'égalité de traitement entre investisseurs nationaux et étrangers. Cette réforme illustre la volonté croissante des États africains d'adapter leurs législations nationales aux évolutions contemporaines du droit international des investissements, tout en préservant un cadre juridique attractif pour les investisseurs étrangers.

C.- Le règlement des différends en matière d'investissements

Comme dans toute relation, des différends peuvent surgir entre un investisseur et l'État d'accueil. Ces litiges peuvent résulter d'une mauvaise interprétation ou d'un non-respect des clauses d'un traité, ou encore d'un conflit d'intérêts d'origine contractuelle. Un déséquilibre de pouvoir caractérise souvent cette relation : d'un côté, l'État d'accueil dispose de prérogatives souveraines étendues ; de l'autre, l'investisseur peut se trouver en position de faiblesse, bien que certaines situations inversent ce rapport. Pour remédier à cette inégalité, les traités bilatéraux d'investissement (TBI) prévoient généralement des clauses de règlement des différends. En cas de conflit, les parties peuvent confier la résolution du litige à une juridiction ou à un centre spécialisé en matière d'investissements.

S'agissant spécifiquement de la protection des investissements directs étrangers, il convient de mentionner la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États de 1965 (Convention de Washington), qui a institué le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI/ICSID). Cet instrument a marqué une étape majeure, en plaçant, en théorie, les personnes privées – physiques ou morales – sur un pied d'égalité avec l'État dans le règlement des différends.

Le CIRDI est une organisation internationale qui offre des mécanismes de conciliation et d'arbitrage pour régler les litiges opposant des États contractants à des ressortissants d'autres États contractants[22]. Ce règlement peut se faire par arbitrage *ad hoc*, selon des règles définies par les parties en référence à une norme uniforme[23], ou par arbitrage institutionnel, en application des règles internes d'un tribunal arbitral comme le CIRDI lui-même.

[22] Voir l'article 25 de la Convention de Washington.
[23] Par exemple l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage.

L'arbitrage reste généralement privilégié par les investisseurs, bien qu'il soit parfois perçu comme un pis-aller, ainsi que l'ont relevé plusieurs colloques sur l'arbitrage international, notamment celui organisé par l'Ordre des avocats du Sénégal et l'Union internationale des avocats en 2014, intitulé : « L'arbitrage au Sénégal : perspectives africaines et internationales »[24].

Même si l'arbitrage demeure le mode de règlement le plus connu en matière d'investissements, il convient de rappeler la possibilité de recourir à d'autres modes alternatifs de règlement des différends, tels que la médiation et la conciliation internationales. La médiation, en matière d'investissements étrangers, suppose, à la demande des parties, l'intervention d'un tiers chargé d'exercer ses bons offices pour favoriser la conclusion d'un accord. Le degré d'implication du médiateur dépend de la volonté des parties. La conciliation, quant à elle, est plus formelle que la médiation, mais le résultat recherché demeure identique.

Ces procédés de règlement des différends sont mentionnés dans la plupart des codes d'investissement et des traités bilatéraux d'investissement[25]. En somme, l'objectif de ces normes est de permettre à l'investisseur étranger de disposer d'instruments concrets lui assurant, par des moyens juridiques appropriés, la protection de ses intérêts dans l'État hôte. En cas de litige, il doit pouvoir engager une procédure de règlement adaptée.

À la lumière de ce bref rappel des normes directrices en matière d'investissements internationaux, la question demeure : les textes de l'OHADA constituent-ils un cadre suffisamment solide pour attirer et sécuriser les investissements étrangers ? Autrement dit, quelles sont les avancées et les lacunes de l'OHADA en la matière ?

II.- Une évaluation du cadre normatif de l'OHADA en matière d'investissements

Les textes de l'OHADA sont aujourd'hui considérés comme un fondement normatif susceptible d'attirer les investisseurs étrangers[26]. Il est vrai qu'avec la création de cette organisation, un cadre juridique harmonisé

[24] Colloque « L'arbitrage au Sénégal : perspectives africaines et internationales », organisé par l'Union Internationale des Avocats (UIA) en partenariat avec l'Ordre des Avocats du Sénégal, à Saly (Sénégal), 27 février-1er mars 2014. Voir R. AL JEHNI, *Règlement des différends relatifs à l'investissement dans le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Étude comparative entre l'arbitrage investisseur-État et les mécanismes de règlement des différends de l'OMC*, thèse de doctorat en droit, Université Paris-Est, 2018, p. 37.

[25] Voir l'article 12 du Code sénégalais des investissements de 2004 et l'article 12 de la Charte des investissements du Cameroun. Contrairement au Code sénégalais de 2004, le nouveau Code des investissements de 2025 instaure une gradation obligatoire des mécanismes de règlement des différends, comprenant successivement la négociation, les bons offices, la médiation et la conciliation avant tout recours contentieux. En cas d'échec de ces mécanismes amiables, les parties peuvent saisir les juridictions sénégalaises ou recourir à l'arbitrage international. Cette gradation procédurale est expressément prévue par l'article 51 du Code de 2025.

[26] Voir le préambule du Traité de l'OHADA.

et adapté à l'environnement des affaires en général a été mis en place, ce qui inclut, par ricochet, la matière de l'investissement.

Cependant, ainsi que l'a montré la section précédente, les textes relatifs à l'investissement doivent répondre à certaines exigences pour garantir l'accueil, la sécurité juridique et la protection des investisseurs. Ces garanties incluent : la protection contre la discrimination ; la protection contre toute expropriation poursuivant un objectif autre que l'intérêt public ; la protection contre tout traitement injuste ou inéquitable ; et la protection du droit de transfert des revenus et crédits liés à l'investissement[27].

Une analyse préliminaire permet de constater que les textes de l'OHADA répondent, dans une certaine mesure, à ces exigences visant à assurer la sécurité des investisseurs étrangers. Toutefois, cette constatation ne saurait être érigée en principe acquis, car plusieurs insuffisances demeurent.

A.- Le mérite des textes de l'OHADA en matière d'investissements

L'OHADA constitue-t-elle un cadre solide en matière d'investissements ? Si le titre du traité et ses objectifs montrent qu'elle n'est pas, a priori, spécifiquement dédiée à cette matière, il n'en demeure pas moins que, sur le fond et selon certaines perspectives, elle contribue à améliorer le climat de l'investissement dans les États membres[28].

Depuis la création de l'OHADA, on observe un raffermissement du climat des investissements dans les pays membres. À un certain niveau, les investisseurs ont été influencés par l'amélioration de la gouvernance, en particulier du climat des affaires, le désir d'attirer les capitaux étrangers ayant conduit les États membres à réformer leur droit interne.

À titre d'exemple, le rapport *Doing Business 2015*, couvrant la période de juin 2013 à juin 2014 et portant sur 189 économies à travers le monde, recense 230 réformes relatives aux affaires, dont 145 visant à réduire la complexité et les coûts liés à la réglementation des entreprises, et 85 autres destinées à renforcer les institutions juridiques. L'Afrique subsaharienne enregistre le plus grand nombre de réformes, ce qui se traduit par un classement favorable. Parmi les dix économies ayant le plus progressé, cinq appartiennent à l'espace OHADA : le Bénin, le Togo, la Côte d'Ivoire, le Sénégal et la République démocratique du Congo[29].

---

[27] Les codes nationaux en matière d'investissements, notamment, ceux du Sénégal, de la Côte d'Ivoire et du Mali, reprennent tous ces clauses.

[28] De pertinentes études ont été menées sur la question de l'investissement dans le cadre de l'OHADA. Voir : Sébastien MANCIAUX, « Que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? », *op. cit.*, p. 269 ; F. ONANA ETOUNDI, « La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle joué par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », *op. cit.*, p. 3 ; R. MASAMBA, « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *op. cit.*, p. 137.

[29] Voir Banque mondiale, *Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency*, Washington, D.C., 12e éd., 2014, p. 18 (« Table 1.2, The 10 economies improving the most across 3 or more areas measured by Doing Business in 2013/14 »).

Dans l'OHADA, la réforme majeure sur cette période a concerné la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. L'objectif de cette révision était de faciliter la création d'entreprises dans la zone OHADA et, par conséquent, de favoriser le développement des investissements dans les États membres. Les principales innovations peuvent être regroupées en quatre catégories : (i) l'assouplissement des structures des sociétés commerciales ; (ii) l'assouplissement des règles de financement des sociétés par actions ; (iii) la simplification du formalisme applicable à la constitution des sociétés commerciales ; et (iv) le renforcement de la protection de l'intérêt social[30]. Il convient également de mentionner la révision du règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) du 18 avril 1996, modifié par le règlement n° 01/2014 du 30 janvier 2014. Cette réforme a permis à la CCJA de renforcer son rôle d'unification de la jurisprudence communautaire[31] et de garantir davantage la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, au bénéfice des justiciables, des investisseurs et des entrepreneurs.

Dans le cadre de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), un changement important est intervenu avec l'entrée en vigueur du tarif extérieur commun, le 1er janvier 2015[32]. Selon le rapport *Doing Business* 2012, les États membres de l'OHADA occupaient en moyenne la 166e position sur 183 économies évaluées. Le Mali, alors classé 146e, apparaissait comme le pays le plus favorable aux affaires pour un entrepreneur au sein de l'espace OHADA. Bien que ce classement ait été maintenu dans le rapport de 2015, la situation s'est légèrement dégradée en 2020, à la suite des crises multiples ayant plongé le pays dans une conjoncture internationale complexe[33]. Le Burkina Faso se situait à la 151e place, tandis que le Sénégal occupait la 123e[34].

Les États membres de l'OHADA ont néanmoins poursuivi leurs efforts d'amélioration du climat des investissements, en adoptant diverses réformes de leurs textes, notamment en droit commercial et en droit des sûretés. La réforme du droit des sûretés, intervenue en décembre 2010, a permis d'améliorer les conditions d'accès au crédit dans les 17 États membres. Ces réformes ont élargi la gamme des garanties disponibles pour l'obtention d'un prêt, accéléré la procédure de création d'entreprise et instauré un régime simplifié destiné aux petits entrepreneurs[35]. Elles ont

[30] Voir Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou (Burkina Faso) et entré en vigueur le 5 mai 2014.
[31] Voir le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage du 18 avril 1996 modifié par le Règlement n° 01/2014 du 30 janvier 2014 (entré en vigueur le 4 février 2014).
[32] Des informations détaillées relatives au TEC de la CEDEAO sont disponibles sur le site : http://www.douanes.ci/html/TEC.html.
[33] Dans le rapport de 2020 le Mali était à la 148e position.
[34] Voir Banque mondiale, *Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies*, Washington, D.C., 17e éd., 2019, p. 19 (« Table 1.1, What Doing Business measures – 12 areas of business regulation »).
[35] Voir Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Togo) et publié au *Journal Officiel* de l'OHADA n° 22 du 15 février 2011.

également mis les sûretés en cohérence avec les autres Actes uniformes connexes, notamment ceux relatifs au droit commercial général, aux sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique, ainsi qu'aux procédures simplifiées de recouvrement et aux voies d'exécution[36]. Enfin, la réforme de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, entrée en vigueur en 2010, a contribué à simplifier davantage la création d'entreprises dans l'espace OHADA.

Des innovations considérables ont été mises en œuvre afin d'améliorer l'environnement des affaires[37]. Ainsi, selon le rapport *Doing Business* 2012, le coût moyen de création d'une entreprise est passé de 338 % à 110 % du revenu moyen par habitant. Par ailleurs, le délai moyen pour le transfert de propriété a diminué de 28 % au cours des six dernières années.

Concernant la création d'entreprises, le Sénégal a réalisé des progrès notables grâce à la mise en place de son guichet unique, offrant un accompagnement personnalisé mieux adapté aux besoins des investisseurs. Le Bureau d'appui à la création d'entreprise a ainsi permis de réduire le délai de création d'entreprise de 58 jours à seulement 48 heures[38]. Au Gabon, une procédure simplifiée est également appliquée, conformément à l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général. Les opérations de création, de modification, de transformation ou de cessation d'activité des entreprises sont gérées par le Centre de développement des entreprises, la Direction générale des impôts et le Greffe du commerce du Tribunal de première instance[39].

Dans le contexte du règlement des différends, l'OHADA a institué une juridiction désormais bien connue : la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Selon l'article 14 du Traité de l'OHADA, cette Cour a notamment pour mission d'assurer la bonne application et l'interprétation uniforme des Actes uniformes, ce qui, par ricochet, renforce la sécurité juridique et judiciaire des opérateurs économiques.

Par ailleurs, l'article 21 du Traité de l'OHADA confère à la CCJA une fonction d'arbitrage[40], même si sa compétence, au sens de l'article 14, peut être écartée lorsque le code des investissements d'un État membre attribue expressément compétence au Centre international pour le règlement des

[36] J. ISSA-SAYEGH, « Commentaire intégral de l'acte uniforme portant organisation des sûretés », *Journal officiel de l'OHADA* n° 23 du 15 février 2011.
[37] Voir Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Togo) et publié au *Journal Officiel* de l'OHADA n° 22 du 15 février 2011.
[38] Voir APIX-S.A. (Agence pour la promotion des investissements et des grands travaux du Sénégal), « Création d'entreprise » (disponible sur : https://investinsenegal.sn/services/creation-dentreprise/). Selon les informations publiées par cette agence, le Bureau de création d'entreprise permet la formalisation des activités entrepreneuriales dans un délai de 48 heures.
[39] La Loi gabonaise n° 013/2016 du 5 septembre 2016, en conformité avec les réformes de l'OHADA, a introduit des mesures visant à simplifier les formalités de création d'entreprises.
[40] L'article 21 du Traité de l'OHADA dispose : « En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des États Parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs États Parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre ».

différends relatifs aux investissements (CIRDI). Tel est le cas, par exemple, pour la Guinée[41]. Cette difficulté est apparue dans l'affaire *GETMA International c. République de Guinée*, où, d'une part, l'article 31 de la convention de concession prévoyait une clause compromissoire attribuant compétence à la CCJA en cas de litige et, d'autre part, l'article 28, § 2, du Code des investissements de la Guinée conférait compétence au CIRDI[42]. Ce conflit de compétences illustre une situation d'insécurité juridique qu'il conviendrait de corriger.

En définitive, il peut être admis que, pour l'exploitation des investissements, le droit de l'OHADA fournit un cadre structuré régissant l'activité commerciale, les sûretés nécessaires au financement des opérations économiques, le recouvrement des créances et le règlement des différends contractuels sous l'égide de la CCJA. Toutefois, compte tenu de la spécificité et de la complexité du domaine de l'investissement, ainsi que des insuffisances relevées précédemment, il importe de s'interroger sur les lacunes que présente encore l'OHADA en la matière.

B.- Les lacunes de l'OHADA en matière d'investissements

Un système normatif qui protège efficacement les intérêts des investisseurs tout en respectant ceux des États d'accueil constitue un préalable essentiel au développement d'activités durables, conciliant exigences écologiques et performances économiques[43]. Il est tout aussi crucial de disposer de mécanismes de gouvernance stables et crédibles, capables de sécuriser les marchés financiers et de renforcer l'attractivité des investissements.

À la lumière du droit international de l'investissement, quatre garanties fondamentales doivent être assurées aux investisseurs : la protection contre la discrimination, la protection contre l'expropriation sauf pour cause d'intérêt public, la protection contre le traitement injuste et inéquitable, et la protection de la possibilité de transfert de crédit[44]. Même si l'OHADA n'est

[41] Voir l'article 28 du Code des investissements de la Guinée, ordonnance n° 001/PRG/87 du 3 janvier 1987, modifiée par la loi n° L/95/029/CTRN du 30 juin 1995. Voir également l'article 2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

[42] Selon l'article 28, § 2, du Code des investissements de la Guinée « les différends entre l'État guinéen et les ressortissants étrangers, relatifs à l'application ou l'interprétation du présent code, sont, sauf accord contraire des parties en cause, définitivement réglés par arbitrage conduit : conformément aux dispositions de la convention du 18 mars 1985 pour le "Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États" établie sous l'égide de la Banque internationale pour la reconstitution et le développement, ratifiée par la République de Guinée le 4 novembre 1986, ou ; si la personne ou l'entreprise concernée ne remplit pas les conditions de nationalité stipulée à l'article 25 de ladite convention, conformément aux dispositions des règlements du mécanisme supplémentaire approuvé le 27 septembre 1978, par le Conseil administratif du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) ».

[43] Voir A. de NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014.

[44] Voir, F. ONANA ETOUNDI, « La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle joué par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », *op. cit.*, p. 6 ; Ph. KAHN, Th. WÄLDE (eds.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden/Boston, Nijhoff/Brill, 2007, p. 34.

pas, à l'origine, spécifiquement dédiée aux investissements, elle reste concernée par cette matière. De nombreux traités internationaux ne sont d'ailleurs pas exclusivement consacrés aux investissements, mais leur réservent des chapitres substantiels, à l'instar du chapitre XI de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)[45]. Dans le cas de l'OHADA, aucun acte uniforme ne traite spécifiquement de l'investissement[46]. Les rares dispositions pertinentes, contenues notamment dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général[47] et dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales[48], ne régissent ni les conditions d'admission des investissements sur le territoire d'un État membre, ni les modalités de transfert des capitaux vers l'État d'origine de l'investisseur, ni les rapports avec l'administration.

La fonction d'arbitrage de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) contribue certes à la sécurité judiciaire dans les États membres[49], mais son règlement vise les différends d'ordre contractuel[50], et non les litiges résultant de décisions étatiques. Ainsi, dans l'affaire *GETMA International c. République de Guinée*, la demanderesse avait saisi la CCJA pour la résiliation de la convention de concession, puis le CIRDI pour violation du code des investissements[51]. Le CIRDI s'est déclaré incompétent pour statuer sur les effets de la résiliation de la concession, mais compétent pour examiner les griefs liés à la réquisition et aux autres violations alléguées du code des investissements[52]. Du côté de la CCJA, la sentence rendue le 22 mai 2014 fut particulièrement lourde : elle condamna l'État guinéen à verser à la société GETMA la somme de 42 245 208 euros au titre de l'indemnisation de divers

[45] L'ALENA a été remplacé par l'Accord États-Unis-Canada-Mexique (AEUMC), entré en vigueur le 1er juillet 2020, qui régit désormais les échanges commerciaux (importations et exportations) ainsi que les investissements.

[46] Voir S. MANCIAUX, « Que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? », *op. cit.*, p. 269.

[47] Voir article 126 du nouvel Acte uniforme relatif au droit commercial général, adopté le 15 décembre à Lomé. Ce texte reconnaît à l'investisseur un droit à indemnité d'éviction en cas de non-renouvellement du contrat de bail.

[48] Voir l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 30 janvier 2014 à Ouagadougou, Première partie, Livre I, sur la constitution de la société commerciale. L'article 81-1 précise le sens de l'offre d'appel public et les destinataires, parmi lesquels les investisseurs qualifiés ; l'article 81-2 définit la notion d'investisseurs qualifiés. L'article 86 énonce les informations à fournir aux investisseurs en cas d'appel public à l'épargne, tandis que les articles 87, 90, 92, 94, 95 et 832 reviennent, entre autres, sur l'exigence d'information et prennent en compte l'intérêt des investisseurs à travers les documents fournis.

[49] Voir R. MASAMBA, « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *op. cit.*, p. 137.

[50] Article 2, § 2, de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, adopté le 11 mars 1999 et entré en vigueur le 11 juin 1999, *Journal officiel* n° 8.

[51] Dans cette affaire, l'État guinéen a concédé en 2008 à la société GETMA, filiale du groupe NECOTRANS, l'exploitation du terminal à conteneurs du port de Conakry. Invoquant en 2011 des « manquements notoires », il a mis fin unilatéralement à la concession. La société GETMA, ayant déjà réalisé d'importants investissements, a alors saisi les arbitres de la CCJA et du CIRDI.

[52] Voir sentence du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), *GETMA International, NCT Necotrans, GETMA International Investissements et NCT Infrastructure & Logistique c. République de Guinée*, affaire CIRDI n° ARB/11/29, 29 décembre 2012.

préjudices, notamment celui résultant de l'expropriation illégale de la société par l'État[53].

De telles décisions n'ont pas laissé l'OHADA indifférente. Dans une note d'information du 23 décembre 2014, l'Organisation mettait en garde contre les « grands dangers de l'arbitrage » pour les États, déclarant que ceux-ci « doivent être particulièrement prudents, car ils sont extraordinairement vulnérables face à cette justice privée. Certaines condamnations arbitrales très lourdes rendues récemment par des arbitres (souvent issus des barreaux) contre certains États membres de l'OHADA en témoignent »[54]. Plus loin, la même note d'information ajoutait :

> « C'est pourquoi votre site www.ohada.com recommande aujourd'hui aux États de ne pas signer systématiquement et de ne pas s'engager imprudemment dans une justice privée pour laquelle ils sont mal préparés et dont ils ressortent le plus souvent grands perdants. Votre site rappelle que, dans de nombreux pays d'Europe, des dispositions légales d'ordre public restreignent la capacité des États à signer des clauses compromissoires »[55].

Ainsi, même si la compétence de la CCJA en matière d'investissements ne peut être rejetée en bloc, ces mises en garde nourrissent le doute quant à l'étendue réelle de sa compétence matérielle pour tous les litiges relatifs aux investissements. Cette incertitude est d'autant plus préoccupante pour les États qui n'ont pas modifié leur législation nationale en ce sens, ou qui se contentent de mentionner leur appartenance à l'OHADA dans leur code des investissements sans conférer expressément à la CCJA une compétence arbitrale exclusive[56].

En définitive, si l'OHADA contribue incontestablement à attirer les investisseurs étrangers dans les pays membres, elle n'assure pas encore une protection complète, pourtant essentielle pour favoriser le développement d'activités économiques durables. Il serait, dès lors, opportun d'envisager la mise en place d'un véritable plan communautaire sur l'investissement, offrant une protection équilibrée tant pour les investisseurs que pour les États d'accueil.

---

[53] *Ibid*., p. 33.

[54] Voir CCJA : arrêt n° 033/2015 (23 avril 2015), recours n° 011/2014/PC du 24 janvier 2014, *État du Mali c. Société Groupe TOMOTA S.A.* ; ordonnance n° 02/2011/CCJA (30 septembre 2011), *République de Guinée équatoriale c. Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE)*, (1) requête aux fins d'exequatur du 18 juin 2009, (2) recours en contestation de validité de sentence n° 065/2009/PC du 13 juillet 2009 ; arrêt n° 103/2015, *Société Benin Control S.A. c. État du Bénin*, relatif au recours en contestation de validité de sentence arbitrale n° 100/2014/PC (30 mai 2014).

[55] Voir OHADA, « De grands dangers de l'arbitrage pour les États. Recommandations du site www.ohada.com aux États », communiqué du 23 décembre 2014.

[56] L'article 2 *in fine* de la Charte gabonaise des investissements dispose : « La République gabonaise adhère à l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), dont les instances comportent la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), chargée du règlement des conflits relatifs à l'application du droit des affaires dans les pays membres ».

III.- Le rôle de l'OHADA dans l'appui à un plan communautaire d'investissement

Le succès ou l'échec d'une économie dépend de plusieurs variables, parmi lesquelles figurent – souvent de manière sous-estimée – les mécanismes qui soutiennent le développement des entreprises et des affaires[57]. Cela englobe notamment les réglementations déterminant la facilité de création d'entreprise, la rapidité d'exécution des contrats, ainsi que la nature et le volume de la documentation requise pour initier et exploiter un investissement.

Ces efforts, déjà perceptibles dans les États membres de l'OHADA, méritent d'être poursuivis et encouragés. Toutefois, attirer les investisseurs ne suffit pas : encore faut-il les protéger par un cadre juridique rigoureux, afin de consolider les progrès accomplis. Améliorer les réglementations communautaires relatives à la protection des intérêts tant de l'État d'accueil que de l'investisseur n'implique pas nécessairement des coûts élevés, mais peut jouer un rôle déterminant dans la promotion de l'investissement, la croissance et le développement durable[58].

Qu'il s'agisse de mettre en place un cadre de concertation avec les ordres juridiques régionaux pour élaborer un plan communautaire d'investissement solide, d'adopter un acte uniforme spécifiquement consacré à l'investissement, ou, à tout le moins, d'introduire des normes claires dans les actes uniformes existants – en particulier celui relatif à l'arbitrage –, ces mesures contribueraient à éliminer les goulots d'étranglement auxquels sont confrontés les États membres.

L'avantage d'un tel plan communautaire d'investissement résiderait dans la prévisibilité et l'efficacité accrues des normes communautaires, l'harmonisation des législations des organisations régionales et de celles des États membres, ainsi que la garantie de la protection des investisseurs, des propriétés privées et du transfert des capitaux et revenus. Cette dernière garantie, en particulier, revêt un intérêt stratégique pour les investissements directs étrangers. L'opportunité est manifeste ; la méthode, quant à elle, constitue un défi certes complexe, mais nullement insurmontable.

Le fondement de toute intégration réside dans la ferme volonté politique des États parties à une communauté. Le modèle européen reste, à cet égard, une référence pertinente. Depuis l'adoption du Traité de Lisbonne en 2007, les investissements directs étrangers relèvent de la compétence exclusive de l'Union européenne[59].

Le principal défi que devra relever le droit communautaire en matière d'investissements directs étrangers réside dans la transplantation des règles et, surtout, dans leur assimilation par les opérateurs économiques. Ces derniers doivent, en effet, être responsabilisés et soumis à un ensemble clair de règles juridiques, leur conférant à la fois des droits et des obligations.

---

[57] Voir N. GHANNAM, M. J. TUCK-PRIMDAHL, « Le rapport *Doing Business* constate qu'une réglementation plus efficiente et des protections juridiques solides sont essentielles pour aider les entrepreneurs à prospérer », communiqué du 29 octobre 2014.
[58] *Idem*.
[59] Article 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Pour atteindre cet objectif, il sera nécessaire de renforcer les concertations au niveau communautaire, afin d'encourager les institutions les plus aptes à préserver le niveau de libéralisation des échanges et à protéger les acquis. Il conviendrait également de lever les restrictions encore existantes à l'égard des investisseurs étrangers, notamment lorsque ceux-ci disposent d'un plan de développement local assorti d'une politique d'emploi crédible. La mobilisation et la concertation de l'ensemble des acteurs du secteur s'imposent également pour concevoir, sur des bases renouvelées, un instrument communautaire largement accepté, capable de stimuler une concurrence saine et fructueuse[60].

À cet égard, et pour être en phase avec son préambule, l'OHADA pourrait, par exemple, engager un dialogue renforcé avec l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA)[61] et la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC)[62]. La CEMAC a, dès le 17 décembre 1999, adopté un Règlement portant Charte des investissements, tandis que l'UEMOA a lancé en 2000 un projet de Code communautaire des investissements, qui, à ce jour, n'a pas connu d'avancées significatives. Plutôt que de laisser chaque organisation sous-régionale développer ses propres normes, l'adoption d'un plan communautaire d'investissement commun à l'ensemble de l'espace OHADA constituerait une plateforme solide, inclusive et harmonisée.

En outre, il conviendrait d'envisager l'adoption d'un acte uniforme spécifiquement consacré à l'investissement. Une telle initiative permettrait, en application de l'article 14 du Traité de l'OHADA, d'ouvrir pleinement la compétence de la CCJA en la matière, tout en complétant de manière cohérente les dispositions actuelles qui ne traitent de l'investissement que de façon partielle.

***

Pour ne pas conclure :

> « Je ne veux pas uniquement quelque chose où investir. Je veux quelque chose à laquelle je puisse croire »[63].

Un investissement, aussi prometteur soit-il, ne peut être pertinent et durable que s'il est encadré par un dispositif normatif clair et prévisible. C'est cette prévisibilité qui garantit la sécurité juridique tant recherchée par les investisseurs nationaux et internationaux. À l'échelle régionale, l'OHADA a

[60] Voir C. RODICA ZORILA, *L'évolution du droit international en matière d'investissements directs étrangers*, thèse de doctorat, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2007, p. 33.
[61] Les huit États membres de l'UEMOA – Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo – sont également membres de l'OHADA.
[62] Les six États membres de la CEMAC – Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée équatoriale et Tchad – sont également membres de l'OHADA. La CEMAC a adopté, le 17 décembre 1999, un Règlement portant Charte des investissements.
[63] A. RODDICK, *Business as Unusual: My Entrepreneurial Journey. Profits with Principles*, Londres, Thorsons/HarperCollins, 2000, p. 29 (notre traduction).

posé d'importants jalons pour favoriser l'investissement dans les États membres. Cet acquis est salutaire, mais il demeure insuffisant : la protection des investisseurs n'est pas expressément et pleinement assurée par ses textes. Il convient donc de parachever ces efforts par la mise en place d'un cadre solide et adapté, capable de sécuriser les investissements et de les rendre durables et profitables pour les États d'accueil. Les arrangements régionaux, en synergie avec l'OHADA, peuvent jouer un rôle déterminant dans cette dynamique, en facilitant l'accès à un marché élargi et en dépassant les limites des politiques nationales en matière d'investissement.

L'Afrique a connu un afflux d'investissements remarquable au cours de la dernière décennie, tendance qui continue de s'affirmer. Pour que les États membres de l'OHADA puissent tirer pleinement parti de cette dynamique, il est nécessaire d'adopter un plan communautaire d'investissement fiable, fondé sur un système normatif protecteur et équilibré, respectueux à la fois des intérêts des investisseurs et des États d'accueil. La mise en œuvre de cette volonté commune ouvrirait la voie à un développement d'activités durables, conciliant performances économiques et considérations environnementales. Comme le souligne le *Rapport sur l'investissement dans le monde* de 2014[64], le moment est venu d'établir des pactes régionaux en matière d'investissement, au service des objectifs de développement durable.

[64] ONU, *World Investment Report 2014. Investing in the SDGs: An Action Plan*, New York/Genève, CNUCED (UNCTAD), 24 juin 2014. Ce rapport propose un plan d'action mondial visant à renforcer le rôle du secteur privé dans la réalisation des futurs Objectifs de développement durable (ODD).

LA TRANSPARENCE DANS L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT : L'APPORT DES TRAVAUX DE LA CNUDCI*

Miriana BELHADJ

Juriste au sein de la division du droit du commerce international du Bureau des Affaires juridiques des Nations Unies, division qui abrite le Secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et anciennement Responsable du registre sur la transparence (jusqu'en juin 2023)

Judith KNIEPER

Juriste au sein de la division du commerce international du Bureau des Affaires juridiques des Nations Unies, division qui abrite le Secrétariat de la CNUDCI, Secrétaire du Groupe de travail II et anciennement responsable du registre sur la transparence

Avec l'internationalisation des affaires, et donc des litiges en découlant, l'arbitrage international s'est imposé comme une solution efficace et neutre. L'arbitrage est souvent défini comme un système de justice privée choisi par les parties pour le règlement de leur litige en raison de l'avantage qu'il offre d'une procédure rapide et confidentielle. Le principe de confidentialité de l'arbitrage prend tout son sens et en est presque sa raison d'être lorsqu'il oppose deux commerçants ne souhaitant pas voir leurs « secrets de fabrique » divulgués au grand public dans une salle d'audience d'une juridiction étatique. Ce mode alternatif de règlement des différends a naturellement séduit le domaine commercial. Il est aussi devenu un mécanisme fréquemment utilisé dans le cadre de litiges entre investisseurs et États. Pourtant, lorsqu'il s'agit d'arbitrer un litige opposant un investisseur à un État, ce ne sont plus les seuls intérêts commerciaux de sociétés privées qui sont en jeu, mais bien l'intérêt général. D'une part, un différend peut avoir des implications politiques importantes puisqu'il pourra viser une législation particulière adoptée, par exemple, en matière de santé publique, d'utilisation des ressources naturelles, du développement des infrastructures ou de protection de l'environnement. D'autre part, la procédure en tant que telle a souvent des implications financières lourdes pour les États défendeurs. Il était donc légitime de s'interroger sur la pertinence de la confidentialité dans ce type d'arbitrages bien particulier qu'est l'arbitrage d'investissement et d'envisager d'y introduire quelques règles de transparence. Avant qu'un véritable corps de normes internationales harmonisées voie le jour, c'est la pratique de l'arbitrage sur le fondement de traités de protection des

* Les opinions exprimées dans ce texte sont celles des autrices.

investissements qui, très tôt, a développé ses caractères propres en ce sens, tels qu'un affaiblissement de la confidentialité, l'usage de la procédure d'*amicus curiae* et le développement d'une jurisprudence arbitrale[1].

Il est à présent acquis que le principe de confidentialité, qui jusque-là prévalait en matière d'arbitrage, n'a plus lieu d'être en matière d'arbitrage d'investissement[2]. Or, s'il est également largement reconnu qu'en la matière la transparence doit être la norme, encore restait-il à élaborer des normes internationales sur la transparence qui puissent être acceptables pour tous les protagonistes, investisseurs et États.

Après avoir expliqué comment s'est progressivement confirmé le besoin d'un corps de règles internationales relatives à la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur un traité (I), il conviendra de présenter dans le détail le résultat des travaux de la CNUDCI en la matière (II) afin de comprendre les avantages qu'ils présentent pour l'Afrique et le reste du monde (III).

I.- Un besoin de normes internationales harmonisées sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités

Face aux difficultés éprouvées par l'arbitrage d'investissement, la transparence dans les procédures arbitrales, présentée comme remède potentiel (A) s'est imposée par l'évolution des pratiques dans ce domaine (B) justifiant ensuite que l'initiative soit prise d'élaborer des normes internationales harmonisées (C).

A.- La transparence, un remède aux dysfonctionnements de l'arbitrage d'investissement ?

Afin d'attirer les investissements sur leur territoire, les États ont eu de plus en plus recours à la négociation de traités internationaux posant des conditions-cadre destinées à rassurer les investisseurs en sécurisant leurs investissements. Ces traités d'investissement internationaux – qui ne sont autres que des instruments de droit international public signés entre deux ou plusieurs États – offrent en effet des garanties substantielles aux investisseurs sous la forme d'obligations internationales imposées aux États, selon lesquelles les États s'engagent à respecter certaines normes de protection de l'investissement vis-à-vis des investisseurs étrangers et de leurs investissements. Les garanties ainsi prévues sont très souvent complétées de

[1] E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des Traités de protection des investissements », *Revue de l'arbitrage*, vol. 3, 2003, p. 856.

[2] L'idée selon laquelle la transparence était un moyen efficace d'adapter le système existant aux besoins particuliers du contentieux relatif aux investissements est depuis longtemps défendue par des praticiens, car elle permettrait d'intégrer l'intérêt public dans un système pensé originellement pour trancher des intérêts privés. Voir en ce sens G. KAUFMANN-KOHLER, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public », *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international,* vol. 32, 2004, pp. 9-15, point 4.2.

dispositions prévoyant le recours à l'arbitrage considéré comme moyen fiable et neutre de régler les différends pouvant découler du non-respect par l'État hôte des garanties prévues par l'application du traité. Actuellement, on recense près de 3 000 traités d'investissement internationaux[3], parmi lesquels on distingue les Traités bilatéraux d'investissement (TBI) et les accords bilatéraux ou multilatéraux de libre-échange. Notons que plus de 900 traités ont été conclus avec un État africain.

En raison du nombre croissant de litiges découlant de ces traités d'investissement et des difficultés rencontrées dans la pratique, les critiques à l'égard de l'arbitrage et de ses dérives sont devenues monnaie courante et nombreux sont ceux qui ont présenté la transparence comme un remède aux dysfonctionnements du système. Parmi les difficultés identifiées[4], ont été citées notamment l'augmentation du nombre de demandes abusives ; la hausse des montants des dommages-intérêts octroyés ; une incohérence croissante des sentences[5], accompagnée de préoccupations concernant le manque de prévisibilité et de stabilité juridique ; et les incertitudes concernant la manière dont le système de règlement des litiges entre investisseurs et États s'articulait avec d'importantes considérations d'ordre public[6].

La transparence est présentée comme un moyen de répondre aux diverses préoccupations des différents secteurs et utilisateurs du mécanisme. Il convient aussi de rappeler que conformément aux principes de bonne gouvernance, les activités des États doivent être soumises à des exigences fondamentales de transparence et d'accès du public. La transparence est donc naturellement considérée comme un moyen efficace de lutter contre la corruption[7], notamment dans les relations entre les gouvernements et les investisseurs[8]. Enfin, la transparence permettrait aussi, a-t-on dit, de répondre au problème de potentiels conflits d'intérêt que soulève le phénomène

[3] La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) recense ces accords sur son site : http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA.

[4] Voir : CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010)*, A/CN.9/712, § 17 ; Walid BEN HAMIDA, « The Challenges of Investment Arbitration », *in Second Conference for a Euro-Mediterranean Community of International Arbitration*, Le Caire, 12 novembre 2015, UNCITRAL/OCDE/CRCICA, pp. 51-52. Voir également l'étude sur la Convention de Maurice sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États, fondée sur des traités comme modèle possible pour de nouvelles réformes du système de règlement des différends entre investisseurs et États, intitulée « Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? Analysis and Roadmap », par Gabrielle Kaufmann-Kohler et Michele Potest, qui résument la discussion d'une manière précise.

[5] Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « L'arbitrage d'investissement : entre contrat et traité – entre intérêts privés et intérêt public », *op. cit*., pp. 9-15, point 4.4.

[6] CNUDCI, *Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010)*, A/CN.9/712, § 17.

[7] A. JOUBIN-BRET, « Transparency is a Way and a Means to a Much Broader End », *in Second Conference for a Euro-Mediterranean Community of International Arbitration*, Le Caire, 12 novembre 2015, UNCITRAL/OCDE/CRCICA, pp. 78-80.

[8] Voir le rôle de la CNUDCI dans le programme de développement durable à l'horizon 2030, notamment au regard de l'objectif 16-5 « Réduire nettement la corruption et la pratique des pots-de-vin sous toutes leurs formes » sur le site de la Commission : https://uncitral.un.org/en/about/sdg.

émergent de financement de contentieux par un tiers (*third-party funding*)[9]. Il convient de souligner qu'après l'achèvement des travaux sur la transparence, il était largement reconnu que les questions soulevées dans le cadre du RDIE devaient être abordées de manière plus large. C'est dans cette optique que la Commission a confié en 2017 au Groupe de travail III un mandat pour travailler sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)[10].

B.- Une tendance née de l'évolution des pratiques

La question de la transparence dans l'arbitrage d'investissement s'est progressivement posée à partir des années 2000 alors que l'on observait, d'une part, la multiplication des instruments de protection des investissements et, d'autre part, une augmentation corrélée du nombre d'arbitrages sur le fondement de ces traités[11]. L'évolution de la pratique de l'arbitrage d'investissement était inévitable et, pour la première fois en 2001, un tribunal arbitral a autorisé un tiers à la procédure à soumettre des observations écrites (procédure dite d'*amicus curiae*)[12]. D'autres tribunaux arbitraux en feront de même par la suite[13].

Autre illustration de cette évolution, la Commission de libre-échange de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA, remplacé depuis 2020 par l'ACEUM) adoptait en juillet 2001 une note d'interprétation des dispositions du chapitre 11 de l'Accord sur l'accès aux documents et dans

---

[9] A. JOUBIN-BRET, « Transparency is a Way and a Means to a Much Broader End », *in Second Conference for a Euro-Mediterranean Community of International Arbitration*, Le Caire, 12 novembre 2015, UNCITRAL/OCDE/CRCICA, pp. 78-80.

[10] « La Commission [CNUDCI] a confié au Groupe de travail III un large mandat concernant l'éventuelle réforme du système de règlement des différends entre investisseurs et États. Conformément aux procédures de la CNUDCI, le Groupe de travail III veillerait, dans l'exercice de son mandat, à ce que les délibérations, tout en tirant parti de l'éventail le plus large possible de connaissances des différentes parties prenantes, soient menées par les États, avec des contributions de haut niveau de tous les gouvernements, fondées sur le consensus et pleinement transparentes. Le Groupe de travail devrait : a) premièrement, recenser et examiner les préoccupations exprimées au sujet du RDIE ; b) deuxièmement, déterminer si une réforme était souhaitable compte tenu de ces préoccupations ; et c) troisièmement, s'il décidait qu'une réforme était souhaitable, mettre au point des solutions qu'il recommanderait à la Commission. Cette dernière est convenue que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté dans l'exercice de son mandat et que toute solution envisagée serait conçue en tenant compte des travaux menés par d'autres organisations internationales, et laisser à chaque État le choix de déterminer si et dans quelle mesure il souhaitait adopter la ou les solutions en question » (*Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, cinquantième session (3-21 juillet 2017)*, A/72/17, § 264). Pour suivre les travaux en cours, voir le site du Groupe de travail III : https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state.

[11] E. GAILLARD, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *op. cit*., p. 855.

[12] H. MANN, « The Final Decision in Methanex v. United States: Some Wine in Some New Bottles », Institut international du développement durable, août 2005. Voir aussi la décision rendue dans l'affaire *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "amici curiae", 15 janvier 2001.

[13] Voir, par exemple, la décision du 17 octobre 2001 dans l'affaire *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1.

laquelle elle s'exprimait clairement en faveur de plus de transparence[14]. La Commission a constaté dans un premier temps qu'« aucune disposition de l'ALENA n'impose aux parties contestantes dans le cadre d'un arbitrage aux termes du chapitre onze un devoir général de confidentialité et, sous réserve de l'application de l'article 1137, § 4, aucune disposition de l'ALENA n'empêche les Parties de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier ». Par conséquent, la Commission en déduit que :

> « Les Parties conviennent de rendre publics en temps voulu tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier, sous réserve de supprimer : a. l'information commerciale de nature confidentielle ; b. l'information privilégiée ou ne pouvant être divulguée aux termes de la loi d'une Partie ; c. l'information qu'une Partie ne peut divulguer aux termes des règles d'arbitrage pertinentes, telles qu'elles sont appliquées ».

L'acceptation de cette notion de transparence dans l'arbitrage d'investissement va également conduire à l'émergence d'une nouvelle génération de TBI ou d'accords-types contenant des dispositions bien spécifiques. En 2004, par exemple, est signé l'accord entre le Japon et le Mexique pour le renforcement du partenariat économique[15] dont l'article 94, § 4, prévoit que les parties à l'arbitrage peuvent, sous certaines conditions, rendre publics tous les documents soumis au tribunal arbitral ou dont ce dernier sera l'auteur. Puis, en 2006, sera signé un accord entre le Canada et la République du Pérou pour la promotion et la protection des investissements[16] dont l'article 38 garantit, avec quelques exceptions, l'accès au public aux audiences et aux documents au cours de la procédure d'arbitrage.

Toujours en 2006, c'est au tour du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de suivre cette mouvance en modernisant son règlement d'arbitrage. Après près de deux ans de consultations, seront ajoutées au règlement CIRDI des dispositions sur la transparence, en particulier sur la possibilité pour des tiers de participer à la procédure (nouvel article 37(2)) ainsi que sur la publication obligatoire des extraits des décisions arbitrales (nouvel article 48(4))[17]. Ce règlement amendé a été pour la première fois appliqué à l'occasion d'une affaire CIRDI opposant la Tanzanie à la société Biwater Gauff[18]. Au cours de la procédure, la Tanzanie avait publié certains documents sur internet, contre la volonté et malgré les vives critiques de l'investisseur. Le tribunal arbitral a donc été saisi de la sensible question des intérêts à privilégier. Il a, dans un premier temps, constaté qu'il n'y avait pas de norme imposant une obligation générale de confidentialité ni de norme imposant une règle générale de transparence[19]. Le tribunal a ensuite analysé l'évolution des règles et les

[14] Voir Commission du libre-échange de l'ALENA, Note interprétative sur les dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États de l'ALENA, 31 juillet 2001.
[15] Agreement between Japan and the United Mexican States for the strengthening of the economic partnership, 17 septembre 2004.
[16] Agreement between Canada and the Republic of Peru for the promotion and protection of investments, 14 novembre 2006.
[17] A. ANTONIETTI, « The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules », *ICSID Review*, vol. 21, 2006, pp. 427-448.
[18] *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22. Voir, en particulier, l'ordonnance de procédure n° 3 du 29 septembre 2006.
[19] *Ibid.*, ordonnance de procédure n° 3, § 121.

amendements de 2006 apportés au Règlement CIRDI constatant cette tendance générale vers plus de transparence[20] et les enjeux pour chaque catégorie de documents. Ce faisant, le tribunal a mis en balance l'intégrité de la procédure arbitrale et les intérêts du public. Dans son ordonnance de procédure, le tribunal se qualifie de « gardien » (en anglais « *gate-keeper* »)[21] et décide que les parties n'ont pas le droit de déterminer elles-mêmes ce qu'elles veulent publier, mais qu'une autorisation du tribunal est nécessaire[22].

Entre 2007 et 2010, une autre affaire CIRDI impliquant aussi un État africain a appliqué les dispositions relatives à la transparence (du Règlement CIRDI), mais cette fois, sans donner lieu à une discussion théorique préalable. Le concept de transparence peut alors être considéré comme acquis. Dans cette affaire opposant des investisseurs italiens à l'Afrique du Sud, la question posée au tribunal était de savoir si des tiers avaient le droit d'intervenir à la procédure. Le tribunal y répondait par l'affirmative et demandait aux parties de communiquer aux tiers certains documents pour ainsi leur permettre de présenter des observations utiles à l'arbitrage[23].

Au vu de toutes ces préoccupations et tendances à l'échelle mondiale, la CNUDCI se devait de se saisir de la question.

C.- La transparence envisagée par la CNUDCI

Les normes de la CNUDCI relatives à l'arbitrage international ont été rédigées de façon générique. Par exemple, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (Convention de New York, 1958) ne distingue pas entre l'arbitrage purement commercial et l'arbitrage entre investisseur et État. La même approche générique caractérise le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Aussi bien lors de l'adoption de ce texte qu'à l'occasion de sa révision en 2010, la Commission s'était prononcée en faveur de règles flexibles applicables dans des situations très diverses, afin de couvrir une grande variété de litiges[24], comme les litiges entre parties privées commerciales, les litiges entre investisseurs et États, les litiges entre États et les litiges commerciaux soumis à des organismes d'arbitrage[25]. En ce qui concerne la problématique « confidentialité versus transparence », l'article 28, § 3, du Règlement d'arbitrage prévoit que « l'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties ». Le paragraphe 5 de

[20] *Ibid.*, § 122.
[21] *Ibid.*, § 162.
[22] Cette affaire a donné lieu à de nombreuses discussions. Voir notamment : Ch. KNAHR, A. REINISCH, « Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – the Biwater Gauff Compromise », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 6, 2007, pp. 97-118.
[23] CIRDI, *Piero Foresti, Laura de Carli et autres c. Afrique du Sud*, affaire n° ARB(AF)/07/1.
[24] Voir *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante et unième session (16 juin-3 juillet 2008)*, A/63/17, § 314. Voir aussi *Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-septième session (Vienne, 10-14 septembre 2007)*, A/CN.9/641, § 7.
[25] Résolution adoptée par l'Assemblée générale concernant la version révisée du Règlement d'arbitrage en 2010 (A/RES/65/22).

l'article 34 prévoit lui que « la sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ». Ainsi rédigé, le Règlement de la CNUDCI donne la possibilité aux parties de renoncer – d'un commun accord – à la confidentialité. Cette flexibilité permet aux parties d'adapter le règlement à leurs divers besoins. Or, cette flexibilité laissée aux seules parties n'est plus appropriée lorsqu'il s'agit de différends entre États et investisseurs.

Dans ce contexte de nouvelles pratiques et tendances, la question de la transparence a donc attiré l'attention de la CNUDCI en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies spécialisé en droit commercial international et dont le mandat est l'harmonisation et la modernisation progressives du droit commercial international.

En 2008, à l'occasion de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – qui est, rappelons-le, le deuxième règlement de procédure le plus souvent utilisé dans le règlement des différends entre un État et un investisseur juste après le Règlement du CIRDI –, le gouvernement du Canada priait instamment les États membres d'envisager d'entreprendre des travaux sur la transparence dans le domaine de l'arbitrage d'investissement. Les raisons justifiant cet appel ont été résumées par le gouvernement du Canada qui insistait sur le fait que l'arbitrage entre investisseurs et États touche aussi les intérêts des citoyens. De plus, le Canada faisait référence aux coûts de défense énormes qui peuvent être impliqués et qui sont à la charge des États. Et le Canada concluait :

> « À tout le moins, le Groupe de travail devra être explicitement chargé d'élaborer les modifications nécessaires afin d'assurer une plus grande transparence dans l'application du Règlement à l'arbitrage entre investisseurs et États : cette question prioritaire devrait suivre immédiatement à la fin des travaux courants. Si ces dispositions assurant plus de transparence ne sont pas promptement intégrées au Règlement, cela donnera l'impression que les Nations Unies approuvent le manque de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États. Une telle situation, se traduisant par l'approbation du huis clos, serait *contraire aux principes fondamentaux de saine gouvernance et de la défense des droits de la personne sur lesquels les Nations Unies sont fondées* »[26].

Le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, M. John Ruggie est intervenu dans le débat dans les termes suivants : « lorsque les droits de l'homme et les intérêts du public sont en jeu, la transparence devrait être un principe directeur, sans toutefois qu'il y ait atteinte à la confidentialité commerciale légitime »[27].

La CNUDCI a adopté le point de vue du rapporteur spécial et du Canada et a commencé ses travaux sur la transparence, dès qu'elle eut achevé les travaux de révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit en octobre 2010.

---

[26] Observations du Gouvernement du Canada, dans la note du secrétariat, A/CN.9/662, § 20 (citation soulignée par les autrices).

[27] *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*, A/HRC/8/5, § 37.

Dès le début des discussions au sein de la CNUDCI[28], avant d'envisager la forme que la norme juridique sur la transparence pouvait prendre, la problématique de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités fut replacée dans un contexte de politique générale bien précis et l'on a mis en avant l'intérêt général à plusieurs égards. L'importance de l'investissement direct étranger (IDE) comme outil pour la croissance durable à long terme des pays en développement a été rappelée et ses nombreux effets positifs ont été soulignés. Par exemple, il a été soutenu que l'IDE contribuait à renforcer les capacités de production et à améliorer les infrastructures des pays ; à améliorer l'accès à des services essentiels tels que l'eau, l'éducation et les soins de santé, notamment au bénéfice des pauvres et des marginalisés et qu'il pouvait en découler un cercle vertueux d'augmentation de l'emploi et de la demande et, à terme, une croissance économique soutenue du pays concerné.

Alors que le système de règlement des différends relatifs aux investissements faisait toujours l'objet de nombreuses critiques, la CNUDCI a considéré que promouvoir la transparence serait une réponse aux difficultés et aux problèmes de légitimité car elle permettrait à la population de mieux comprendre le processus et d'en renforcer la crédibilité générale. De surcroît, la transparence a été définie comme un moyen de promouvoir des valeurs essentielles des Nations Unies telles que les droits de l'homme, la bonne gouvernance et l'État de droit, mais aussi de garantir le respect du droit à une procédure régulière et équitable. Pour toutes ces raisons, la CNUDCI décidait de s'atteler à l'élaboration de normes juridiques renforçant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités[29].

II.- Les normes de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités

Les travaux de la CNUDCI sur la transparence ont abouti à l'élaboration de deux instruments juridiques internationaux créateurs d'obligations : le premier de nature procédurale, le Règlement sur la transparence (A) et le second de nature conventionnelle, la Convention de Maurice sur la transparence (B). Ces normes à vocation universelle constituent une évolution sans précédent en matière de droit international des investissements. Pour parfaire ce mécanisme innovant, un registre a été établi (C).

A.- Le Règlement sur la transparence

Adopté en 2013 par la CNUDCI, le Règlement sur la transparence constitue un ensemble innovant de règles de procédure qui garantissent la transparence et l'accès du public à l'information dans les arbitrages entre

[28] *Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session* (Vienne, 4-8 octobre 2010), A/CN.9/712, § 16.
[29] *Ibid*., §§ 17-18.

investisseurs et États fondés sur des traités, domaine dans lequel les procédures se tenaient traditionnellement à huis clos.

1.- Substance

Ce Règlement, qui compte huit articles, poursuit les objectifs suivants :

> i) informer le public de la tenue d'un arbitrage entre un investisseur et un État (article 2) ;
> ii) rendre publics les documents y relatifs, y compris les décisions et sentences du tribunal arbitral (article 3) ;
> iii) permettre à des tiers de présenter des observations au tribunal arbitral lorsque celles-ci pourraient être utiles et pertinentes, sous réserve qu'elles ne retardent pas indûment l'instance, ne lui nuisent pas ni n'en augmentent le coût (article 4) ;
> iv) permettre à des parties au traité non parties au litige (États ou organisations régionales d'intégration économique) de présenter des observations surtout sur les questions d'interprétation du traité – sans pour autant permettre « la protection diplomatique » (article 5) ;
> v) prévoir des audiences publiques (article 6) ; et
> vi) préserver le pouvoir existant des tribunaux arbitraux d'autoriser les audiences à huis clos et de limiter l'accès aux documents, ou à certaines parties de ceux-ci, lorsqu'il est nécessaire de protéger des informations confidentielles ou sensibles ou l'intégrité du processus arbitral (article 7).

Alors que les articles 2 à 6 précisent ce qui, dans la procédure arbitrale, est couvert par l'obligation de transparence, l'article 7 en délimite les contours en prévoyant des exceptions. Le règlement s'efforce de répondre aux impératifs de l'intérêt public en respectant la confidentialité de certaines données et sans contrevenir à l'intégrité du processus arbitral. En effet, comme prescrit par l'article 1, § 4, du Règlement sur la transparence, il convient de tenir compte, d'un côté, de « l'intérêt que le public porte à la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et de la procédure arbitrale en question » et, de l'autre, de « l'intérêt qu'ont les parties au litige de voir ce dernier réglé équitablement et efficacement ». Le rôle clé dans la mise en œuvre du Règlement sur la transparence est attribué au tribunal arbitral à qui il revient de trancher le litige en s'efforçant d'assurer le juste équilibre entre les différents intérêts en jeu.

Enfin, l'article 8 désigne le dépositaire des informations à publier, à savoir le Registre sur la transparence qui est un « élément essentiel du Règlement »[30] et des travaux de la CNUDCI sur la transparence.

2.- Application

Aux termes de l'article 1, § 1, le Règlement sur la transparence s'applique à l'arbitrage engagé conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité d'investissement conclu le 1er avril 2014 ou

[30] Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 2015, A/RES/70/115, point 2.

après cette date, à moins que les parties au traité n'en décident autrement (*opt-out*).

L'article 1, § 2, du Règlement prévoit qu'il peut aussi s'appliquer à l'arbitrage des litiges découlant de traités d'investissement conclus avant cette date (« traités d'investissement existants ») lorsque les parties au litige ou les parties au traité d'investissement sont expressément convenues de son application (*opt-in*).

En outre, afin de permettre une application généralisée, les rédacteurs ont prévu la possibilité d'*opt-in* dans le cas d'un arbitrage engagé en vertu d'un règlement autre que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou de procédures *ad hoc*. Les parties au litige ou les parties au traité d'investissement peuvent donc convenir de cette application (article 1, § 9, du Règlement).

Enfin, après la finalisation du texte et en vue d'en favoriser l'application aux arbitrages conduits selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la Commission a jugé nécessaire de compléter ledit règlement d'une disposition propre à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur un traité. Un quatrième paragraphe a, par conséquent, été ajouté à l'article 1er du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI disposant que :

> « Pour l'arbitrage entre investisseurs et États engagé en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs, le présent Règlement inclut le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le "Règlement sur la transparence"), sous réserve de l'article premier de ce dernier ».

B.- La Convention de Maurice sur la transparence

Une fois le Règlement sur la transparence adopté, l'élaboration d'une convention a été entreprise afin d'offrir un mécanisme d'*opt-in* efficace aux États et aux organisations régionales d'intégration économique souhaitant pouvoir appliquer ce Règlement à leurs traités d'investissement conclus avant le 1er avril 2014 (les traités existants). Ainsi, la Convention de Maurice sur la transparence (la « Convention »), adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 2014, complète les traités d'investissement existants en y ajoutant des obligations de transparence pour les arbitrages en découlant. Par conséquent, en devenant partie à la Convention, un État ou une organisation régionale d'intégration économique consent automatiquement à l'application du Règlement sur la transparence aux arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément à un traité d'investissement existant.

Le Règlement sur la transparence et la Convention sont complémentaires et ensemble, ils contribuent à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé pour un règlement juste et efficace des litiges internationaux relatifs aux investissements.

L'article 2, disposition clef de la Convention, détermine quand et comment le Règlement sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États entrant dans le champ d'application de la Convention. Contrairement au Règlement sur la transparence, le fait que l'arbitrage soit

engagé ou non en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI n'a pas d'incidence sur l'application de la Convention. La règle d'application générale est énoncée au paragraphe 1 (application bilatérale ou multilatérale), tandis que le paragraphe 2 traite de l'application du Règlement lorsque seul l'État défendeur (et non l'État de l'investisseur-demandeur) est partie à la Convention (offre unilatérale d'application). La Convention ne s'applique pas rétroactivement, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique qu'aux procédures arbitrales ouvertes après la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la partie concernée (article 5 de la Convention).

Une partie à la Convention peut formuler des réserves. Par exemple, elle peut exclure de l'application de la Convention un traité d'investissement spécifique ou un ensemble spécifique de règles autres que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (approche de la liste négative). Une partie peut aussi déclarer qu'elle ne fera pas d'offre unilatérale d'application conformément au paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention. Enfin, en cas de révision du Règlement sur la transparence, une partie peut, dans un certain délai suivant l'adoption de cette révision, déclarer qu'elle n'appliquera pas cette version révisée.

La Convention est entrée en vigueur le 18 octobre 2017. Selon les données disponibles au 1er mai 2025, neuf États ont ratifié la Convention de Maurice, tandis que 15 autres États et l'Union européenne l'ont signée. Parmi les États ayant ratifié, on compte déjà plusieurs pays africains, dont le Bénin, le Cameroun, la Gambie et Maurice[31].

C.- Le Registre sur la transparence

L'article 8 du Règlement sur la transparence prévoit que le dépositaire des informations publiées est le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ou une institution désignée par la CNUDCI. La Commission a déclaré en 2013 que la fonction dépositaire pour la transparence devrait être assumée par le secrétariat de la CNUDCI. Elle a en effet considéré que l'ONU était un organe neutre et universel, et son Secrétariat un organe indépendant en vertu de la Charte des Nations Unies et devrait en tant qu'administration publique être directement chargée d'assurer le service et le bon fonctionnement de ses propres normes juridiques[32]. Depuis, la Commission a reconfirmé son opinion de manière forte et unanime[33]. Le Registre joue, en effet, un rôle clé : il constitue une base de données mondiale intégrée, unifiée, transparente et facilement accessible regroupant des informations sur tous les

[31] Cette liste est mise à jour régulièrement sur le site officiel de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html).
[32] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-sixième session (8-26 juillet 2013)*, A/68/17, §§ 79-98.
[33] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-septième session (7-18 juillet 2014)*, A/69/17, §§ 108-110, et A/70/17, §§ 153 et s.

arbitrages entre investisseurs et États conduits en vertu du Règlement et de la Convention[34].

Un site internet a été spécialement créé (http://www.uncitral.org/transparency-registry) pour abriter le Registre sur la transparence. Au 1er juin 2025, le Registre sur la transparence de la CNUDCI a publié un total de 33 affaires, réparties en plusieurs catégories.

(i) Affaires publiées conformément à l'article 8 du Règlement sur la transparence

Ces affaires sont publiées soit par accord des parties (par exemple, *Christian Doutremepuich et Antoine Doutremepuich c. Maurice* (CPA, affaire 2018-37)), soit automatiquement lorsque le traité l'exige (par exemple, *Ricardo Filomeno Duarte Ventura Leitão Machado c. Angola* (CIRDI, affaire n° ARB/24/8)).

(ii) Affaires appliquant le Règlement sur la transparence, mais non hébergées par le Registre sur la transparence de la CNUDCI

Dans ces cas, les informations ont été publiées sur le site de l'institution arbitrale concernée (CIRDI ou CPA) par accord des parties. Néanmoins, le Registre sur la transparence de la CNUDCI a également publié ces informations, afin d'assurer un recueil centralisé et complet des affaires relevant, en tout ou en partie, du Règlement sur la transparence (par exemple, *BSG Resources Limited c. Guinée* (CIRDI, affaire n° ARB/15/46)).

(iii) Affaires introduites en vertu d'un traité conclu avant le 1er avril 2014, où la transparence a été examinée par le tribunal arbitral

Dans ces affaires, l'arbitrage a été engagé sous le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité conclu avant le 1er avril 2014. Bien que les parties n'aient pas accepté l'application du Règlement sur la transparence, le tribunal arbitral a abordé la question dans certaines dispositions d'une ordonnance de procédure ou d'un protocole *ad hoc*, instaurant ainsi un régime de transparence proche de celui prévu par le Règlement sur la transparence.

(iv) Autres affaires avec un régime de transparence

Le Registre sur la transparence de la CNUDCI a publié, à des fins pédagogiques, plusieurs affaires engagées contre le Canada au titre du chapitre 11 de l'ALENA. Bien qu'antérieures à l'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence le 1er avril 2014, ces affaires comportaient déjà

[34] Voir *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-huitième session (29 juin-16 juillet 2015)*, A/70/17, § 160. Voir aussi Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 2015, A/RES/70/115, point 2.

certains éléments similaires de publicité. Leur mise en ligne visait à illustrer le fonctionnement du Registre sur la transparence. La liste mentionne également plusieurs affaires impliquant des États africains qui y figurent déjà[35].

III.- Les avantages des normes de la CNUDCI sur la transparence pour l'Afrique et le reste du monde

La particularité du processus d'élaboration des normes de la CNUDCI confère aux normes sur la transparence un caractère acceptable à l'échelle mondiale (A) et les objectifs poursuivis par ces normes les rendent particulièrement adaptées aux besoins du continent africain (B). Le Code panafricain des investissements est l'illustration d'une possible application au niveau régional des normes sur la transparence (C).

A.- Des normes acceptables pour tous

Le haut degré d'acceptabilité des normes de la CNUDCI s'explique par les méthodes de travail et le processus d'élaboration des normes en son sein. Il convient en effet de rappeler en premier lieu que les États membres qui composent la CNUDCI sont choisis parmi les 193 États membres des Nations Unies et leurs sièges sont répartis entre cinq groupes régionaux de manière à garantir la représentation des différentes régions et des principaux systèmes économiques et juridiques du monde[36]. En outre, les États membres ne sont pas les seuls participants à la négociation des instruments de la CNUDCI et c'est là toute la particularité de cette organisation : tous les États membres des Nations Unies sont invités à participer aux différentes sessions des groupes de travail et de la Commission[37], les États non membres de la CNUDCI se voyant attribuer la qualité d'observateurs ; sont aussi invitées les organisations intergouvernementales et non gouvernementales ayant une connaissance approfondie des thèmes à examiner[38]. La CNUDCI est donc un

[35] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-septième session (7-18 juillet 2014)*, A/69/17, § 108.

[36] Les États membres de la CNUDCI sont élus par l'Assemblée générale pour un mandat de six ans et renouvelés par moitié tous les trois ans. Le groupe Afrique compte aujourd'hui 16 sièges, après que le nombre des États membres de la CNUDCI a été augmenté de 60 à 70 : 16 pour le groupe Asie, 10 pour le groupe Europe orientale, 12 pour l'Amérique latine et les Caraïbes et 16 pour l'Europe occidentale et les autres États. Voir Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 2021, A/RES/76/109, « Élargissement de la composition de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international »). En 2025, et jusqu'en 2028, le groupe régional africain est composé des États suivants (l'année de la fin du mandat étant entre parenthèses) : Afrique du Sud (2031), Burundi (2031), Congo (2031), Côte d'Ivoire (2031), Ghana (2031), Kenya (2028), Malawi (2028), Maroc (2028), Maurice (2028), Mauritanie (2031), Nigeria (2028), Ouganda (2028), République démocratique du Congo (2028), Sierra Leone (2031), Somalie (2028), et Zambie (2031).

[37] Pour plus d'informations sur l'organisation et les méthodes de travail de la CNUDCI, voir le *Guide de la CNUDCI, L'essentiel sur la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Vienne, Nations Unies, 2007, §§ 10-26.

[38] Les critères de sélection pour une accréditation objective et transparente sont les suivants : a) l'organisation a un champ d'action et une composition de portée internationale ; b) la

véritable forum à participation universelle où se côtoient des experts représentant des pays aux traditions juridiques et aux stades de développement économique différents.

Le processus décisionnel est également garant d'un haut niveau d'acceptabilité des normes de la CNUDCI. En effet, les décisions sont prises par consensus et non par vote. La recherche de consensus implique que les participants s'efforcent toujours de répondre à toutes les préoccupations et de prendre en compte toutes les opinions les plus diverses afin de trouver une solution acceptable pour tous au niveau mondial.

Tous les textes élaborés par la CNUDCI ainsi que ses rapports annuels sont soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies. Lorsque la CNUDCI travaille à l'élaboration d'une convention – instrument de droit international public établissant des obligations contraignantes pour les États en vue d'une harmonisation des législations, à l'instar de la Convention sur la transparence – le projet de texte est préparé par l'un de ses groupes de travail, avec un suivi annuel de l'état d'avancement des travaux par la Commission. Une fois finalisé, ce projet est soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies en vue de son adoption.

En conséquence, le grand avantage des normes de la CNUDCI réside dans le fait qu'elles sont le résultat d'un débat technique international. La solution harmonisée aux problématiques de droit commercial international qu'offrent les instruments de la CNUDCI peut donc être utilisée aussi bien à l'échelle nationale qu'à l'échelle régionale.

Les travaux de la CNUDCI menant à l'élaboration des textes sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités ont duré trois ans et ont été menés par 90 États et près de 50 organisations non gouvernementales[39]. Les pays africains ont activement participé à l'élaboration des normes sur la transparence, que cela soit en qualité d'États membres[40] ou en qualité d'observateurs. Cette participation ne se limite pas à une présence formelle : elle traduit une volonté croissante des États africains de peser sur la définition des standards internationaux en matière d'investissement et de règlement des différends. C'est d'ailleurs

capacité de l'organisation à contribuer de façon significative aux délibérations de la session compte tenu de la compétence ou des intérêts reconnus de celle-ci dans la question de fond à l'examen au cours d'une session et son rôle en tant que représentante d'un secteur ou d'une branche spécifiques ; et c) l'expérience juridique ou commerciale invoquée par l'organisation, que ne possèdent pas d'autres organisations participant déjà à la session. Pour plus d'informations, voir la note du Secrétariat A/CN.9/638/Add.5, Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI.

[39] C. MONTINERI, « UNCITRAL Standards on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration », *Trade Development through Harmonisation of Commercial Law, New Zealand Association for Comparative Law*, hors-série, vol. 19, 2015, pp. 45-46.

[40] Sur la période d'élaboration des normes sur la transparence, de 2010 à 2014 (période de 2010 à 2013 et de 2013 à 2016), les pays africains suivants ont participé aux travaux en qualité d'États membres : Afrique du Sud, Algérie, Benin, Botswana, Cameroun, Côte d'Ivoire, Égypte, Gabon, Kenya, Liberia, Maurice, Mauritanie, Maroc, Namibie, Nigeria, Ouganda, Sierra Leone, Sénégal Zambie. Sur la même période, ont été observateurs les pays africains suivants : Angola, Burkina Faso, Madagascar, Libéria, Sénégal, République démocratique du Congo, Sierra Leone, Togo et Zambie.

Maurice, pays du groupe régional africain, qui a assuré la présidence de la CNUDCI en 2013 lors des discussions sur les projets de textes sur la transparence. Pendant toute la durée des travaux, une contribution importante a été celle d'observateurs comme l'Organisation consultative juridique afro-asiatique (*Asian African Legal Consultative Organisation*) ainsi que l'Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (APAA) dont les idées et commentaires ont pu grandement enrichir les débats.

B.- Des normes adaptées aux besoins de l'Afrique

Il est incontestable aujourd'hui que l'Afrique est un continent qui attire et enregistre des montants record d'investissements directs étrangers.

Aussi, afin d'attirer et de pérenniser ces investissements, véritable nécessité pour les pays en développement, il convient de rassurer les investisseurs face au risque connu des instabilités politiques sur le continent africain. Nous l'avons vu, l'arbitrage d'investissement permet de répondre à cet impératif et les normes de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondés sur un traité permettent de parfaire le système en offrant aux États un juste équilibre entre les intérêts du public à être informé et l'attente légitime des parties quant à l'efficacité procédurale. En outre, la Commission l'a explicitement souligné : les travaux de la CNUDCI dans ce domaine permettent de promouvoir le bien-être des pays en développement[41].

Les normes de la CNUDCI sur la transparence contribuent à satisfaire aux nouveaux objectifs de développement durable de l'Organisation des Nations Unies. En effet, dans le cadre du Programme des Nations Unies de développement durable à l'horizon 2030, l'objectif n° 16 reconnaît l'importance de l'État de droit et de l'accès à la justice pour tous. Conformément à cet objectif, les travaux de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage d'investissement aspirent à une meilleure transparence dans les relations entre les gouvernements et les investisseurs en vue de promouvoir l'État de droit aux niveaux national et international et de lutter contre la corruption[42].

Ainsi, pour tous les avantages énumérés dans cet article, les États africains, dont la jurisprudence arbitrale a démontré qu'ils devaient souvent faire face à des procédures à leur encontre, ont tout intérêt à recourir à ces nouvelles règles relatives à la transparence. Il est heureux de constater que le projet de Code panafricain des investissements en préparation est une proposition en ce sens.

[41] *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-sixième session (8-26 juillet 2013)*, A/68/17, § 81.
[42] Voir Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 25 septembre 2015, A/RES/70/1. Voir aussi le rôle de la CNUDCI dans le programme de développement durable à l'horizon 2030 : https://uncitral.un.org/en/about/sdg.

C.- Une application du Règlement sur la transparence à l'échelle régionale : le Code panafricain des investissements

Le Code panafricain des investissements a été préparé dans le cadre de la coopération entre la Commission économique pour l'Afrique des Nations Unies (CEA) et l'Union africaine, et présenté lors de la réunion annuelle conjointe du comité d'experts en mars 2016[43]. Il a été élaboré dans la perspective du développement de l'Afrique en mettant l'accent sur les objectifs de développement durable. En effet, il a pour objectif de promouvoir, de faciliter et de protéger les investissements qui favorisent le développement durable de chaque État membre. Le code a vocation à servir de cadre de référence pour tous les États membres, ainsi que pour les investisseurs et leurs investissements réalisés sur le territoire de ces États.

Les experts ont travaillé sur le projet de Code dès 2008 pour le finaliser fin 2016 et se sont inspirés des meilleures pratiques au niveau international en matière d'investissement[44]. Il est probable que les experts aient suivi les travaux de la CNUDCI sur la transparence qui ont eu lieu entre 2010 et 2013, comme en témoigne l'article 42 du projet de Code qui offre à l'investisseur la possibilité d'opter pour l'arbitrage selon le Règlement de la CNUDCI. Le Règlement sur la transparence étant incorporé au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (article 1, § 4), cette disposition a pour effet de rendre applicables les mesures de transparence à chaque arbitrage fondé sur le Code panafricain.

En outre, le Code poursuit les mêmes objectifs de transparence que les travaux de la CNUDCI. En effet, son préambule dispose, entre autres, que les États membres cherchent à « atteindre un équilibre général entre les droits et obligations des États et ceux des investisseurs » et « affirment leur volonté de promouvoir une absence totale de corruption en matière d'investissements ainsi que des régimes commerciaux, des législations et des réglementations renforçant la transparence et la responsabilité dans la gouvernance »[45].

Cet instrument, qui est considéré comme un « instrument d'orientation en matière de promotion et de facilitation des investissements »[46], reflète un consensus africain sur le droit international des investissements : il comporte un certain nombre de caractéristiques

[43] Neuvième Réunion annuelle conjointe du Comité technique spécialisé de l'Union africaine sur les finances, les affaires monétaires, la planification économique et l'intégration et de la Conférence des ministres africains des finances, de la planification et du développement économique de la Commission économique pour l'Afrique du 31 mars au 2 avril 2016.

[44] Le Code panafricain de l'investissement a été adopté lors de la réunion des experts des États membres de l'Union africaine, tenue à Nairobi (Kenya) du 21 au 23 novembre 2016. Voir *Rapport de la réunion des experts des États membres sur le Code panafricain de l'investissement*, doc. UA n° 32844, § 31. Lors de cette réunion, il a été recommandé aux ministres africains d'utiliser le Code comme cadre de référence pour la négociation des traités d'investissement (*ibid*., § 32).

[45] Voir le préambule du Code panafricain des investissements.

[46] Voir *Rapport de la réunion des experts des États membres sur le Code panafricain de l'investissement*, doc. UA n° 32844, § 32.

spécifiques à l'Afrique et innovantes, ce qui en fait une solution complète à vocation régionale et donc un instrument juridique unique[47].

***

Les avantages que les travaux de la CNUDCI – en particulier ceux relatifs à la transparence – représentent pour l'Afrique, tout comme l'influence que le continent peut exercer dans le processus normatif de la Commission, ne sont plus à démontrer. C'est au niveau du suivi de ce processus et de la mise en œuvre des textes que les efforts doivent se concentrer, afin que le mécanisme de la transparence soit largement utilisé pour parfaire le système d'arbitrage d'investissement à l'échelle régionale et mondiale. Il reste également à voir comment seront accueillis les nouveaux instruments de réforme adoptés par la CNUDCI dans le cadre des travaux du Groupe de travail III, notamment : le Statut du Centre consultatif sur le règlement des différends relatifs à des investissements internationaux (adopté en principe en 2024) ; les dispositions types de la CNUDCI sur la médiation pour les différends relatifs à des investissements internationaux (adoptées en 2023) ; les lignes directrices de la CNUDCI sur la médiation dans ce même domaine (adoptées en 2023) ; le Code de conduite de la CNUDCI applicable aux arbitres dans les procédures de règlement des différends relatifs à des investissements internationaux (adopté en 2023) ; ainsi que le Code de conduite destiné aux juges dans ces procédures (adopté en principe en 2023)[48]. Par ailleurs, les discussions relatives aux éléments de réforme encore en cours se poursuivront. La CNUDCI encourage la participation du plus grand nombre d'États possible, en particulier celle des États africains.

[47] M. M. MBENGUE, « The Quest for a Pan-African Investment Code to Promote Sustainable Development », *Bridges Africa*, vol. 5, 2016, pp. 10-11.
[48] « Adopté en principe » signifie que le Code est approuvé dans son contenu. Toutefois, si l'adoption ultérieure du mécanisme permanent rend nécessaire une adaptation du Code, les modifications correspondantes pourront être apportées.

LA NATURE DU DROIT OHADA

Mutoy MUBIALA

Professeur de droit international à l'Université de Kinshasa (République démocratique du Congo) et professeur invité à l'Université Jean-Moulin – Lyon 3 (France) ; membre et ancien coordonnateur du Groupe de référence de l'Union africaine sur la justice transitionnelle en Afrique ; ancien fonctionnaire de l'Organisation des Nations Unies (1994-2019)

J'ai connu feu le professeur Stéphane Doumbé-Billé au milieu des années 1990, au Palais des Nations Unies, à Genève. Depuis lors, une certaine complicité intellectuelle nous a liés, illustrée par l'invitation qu'il m'a faite, en 2008, à contribuer à un colloque dédié aux professeurs Christiane Alibert et Madjid Benchikh, dont les actes ont été publiés sous sa coordination, en 2012[1]. La dernière fois que j'ai eu l'occasion de collaborer avec lui, c'était en juillet 2014, lorsque nous avons siégé ensemble dans le jury de thèse de Madame Muriel Sognibé Sangbana, à l'Université de Poitiers, thèse publiée depuis lors[2]. Lors de la cérémonie d'adieu qui lui a été rendue à Lyon, le 25 janvier 2020, un collègue et compatriote du professeur Doumbé-Billé, le professeur Henri Modi Koko de l'Université de Dschang (Cameroun), est revenu sur la participation active de celui-ci au débat sur la nature du droit de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Dans le prolongement de cette oraison funèbre, j'ai décidé de consacrer ma contribution à cette question, qui demeure discutée, afin d'honorer sa mémoire et de poursuivre la réflexion qu'il avait engagée.

Né du Traité de Port-Louis (1993), le droit de l'OHADA repose sur un instrument conventionnel de droit international. Il s'impose aux États parties non pas comme un simple accord de coopération, mais comme une forme de délégation de souveraineté normative. Par ce mécanisme, les États africains ont consenti à transférer une part de leur pouvoir législatif à une organisation supranationale chargée d'élaborer des « Actes uniformes », à savoir des normes immédiatement applicables et directement exécutoires dans les ordres juridiques internes.

Ce faisant, l'OHADA présente certaines analogies avec le modèle européen, mais avec une saveur propre : celle d'un internationalisme africain fondé sur la solidarité plutôt que sur la hiérarchie.

Dans le but de favoriser les investissements en leur apportant une plus grande sécurité juridique, les États francophones d'Afrique ont créé l'OHADA, aux termes du Traité de Port-Louis (Maurice) du 17 octobre 1993. Depuis lors, l'OHADA a servi de cadre pour l'adoption de plus d'une dizaine

---

[1] M. MUBIALA, « L'affaire du Darfour devant la Cour pénale internationale », *in* S. DOUMBÉ-BILLÉ (dir.), *Justice et solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 29-36.

[2] M. SOGNIBÉ SANGBANA, *La sanction internationale de la violation des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2018, p. 13.

d'instruments internationaux d'harmonisation du droit des affaires, dénommés « Actes uniformes », dans divers domaines (voir le tableau actualisé des Actes uniformes en vigueur, *infra*). Ces Actes uniformes et la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), juridiction chargée d'assurer l'interprétation uniforme des Actes uniformes, forment le droit de l'OHADA. Une doctrine florissante relative à ce droit s'est également développée, qui s'évertue à interpréter ce droit. Celle-ci est, toutefois, divisée sur la détermination de la nature aussi bien de l'OHADA que de son droit. En ce qui concerne la nature du droit de l'OHADA, deux écoles s'affrontent à propos de la classification de ce droit dans le droit international général ou dans le droit communautaire. L'objectif de la présente étude est d'apporter une modeste contribution à ce débat et de rechercher la possibilité du rattachement du droit de l'OHADA à un ordre juridique tiers. Avant d'y procéder, il convient de se pencher, d'abord, sur cette controverse doctrinale.

I.- La controverse doctrinale sur la nature du droit de l'OHADA

D'emblée, il convient de préciser que le droit international et le droit communautaire ne sont pas antinomiques. Le second peut être considéré comme une branche particulière du premier, caractérisée par un degré plus avancé d'intégration normative et institutionnelle. Selon la formule désormais classique de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Van Gend en Loos* (1963), « un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains »[3]. Une partie de la doctrine, minoritaire, soutient la thèse de la classification du droit de l'OHADA dans le droit international (général), alors que la majorité range ce dernier dans le droit communautaire.

A.- Classification du droit de l'OHADA dans le droit international (général)

Le courant doctrinal favorable à la classification du droit de l'OHADA dans le droit international (général) est particulièrement représenté par le dédicataire posthume des présents *Mélanges*, le regretté professeur Stéphane Doumbé-Billé. Dans sa propre contribution aux *Mélanges* en l'honneur de Madjid Benchikh[4], le professeur Doumbé-Billé a démontré l'ancrage du droit de l'OHADA à ce dernier. En effet, examinant la nature de l'OHADA, il a observé ce qui suit :

> « L'organisation créée par le Traité OHADA sous la même appellation constitue bien une organisation intergouvernementale chargée de coordonner la coopération entre les États membres dans le domaine de l'harmonisation du droit des affaires. Sa "pleine personnalité juridique internationale" (article 46 du Traité) ne repose pas sur un transfert de

[3] Cour de justice des Communautés européennes, *Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, 5 février 1963, affaire 26/62, *Recueil* 1963, p. 1.

[4] S. DOUMBÉ-BILLÉ, « À propos de la nature de l'OHADA », *in* S. DOUMBÉ-BILLÉ, H. GHERARI, R. KHERAD (dir.), *Droit, liberté, paix, développement. Mélanges en l'honneur de Madjid Benchikh*, Paris, Pedone, 2011, pp. 423-436.

> souveraineté de la part des États membres mais sert à fonder sa capacité à agir »[5].

Il en résulte qu'une organisation de caractère intergouvernemental ne saurait produire un droit communautaire. D'où l'examen par l'auteur précité des arguments avancés par de nombreux auteurs qui qualifient le droit OHADA de droit communautaire. À ce niveau, il s'est montré particulièrement sévère et critique à l'égard des tenants de la thèse de la prétendue nature communautaire du droit OHADA, en ces termes :

> « À partir d'une démarche comparative, les auteurs montrent que l'harmonisation diffère sensiblement de l'uniformité et donc de l'unification qui paraît être la caractéristique profonde du droit OHADA. Comme l'écrit en effet M. Gérard Ngoumtsa Anou, "cette réglementation appropriée doit être constituée de règles communes, c'est-à-dire harmonisées, sinon unifiées" (…). On ne trouve pas trace de telles règles dans le corpus OHADA. En revanche, le droit uniforme est le droit qui est directement applicable et qui prime de manière absolue sur les droits internes. Tel paraît bien être, au sens de l'article 10 du Traité, le caractère des Actes uniformes. Faut-il de ce fait conclure à leur nature communautaire ? Il ne le semble pas et la qualification retenue paraît mal fondée et erronée »[6].

Certes, reconnaît l'auteur, le droit OHADA se caractérise par son application directe dans les ordres internes des États membres. D'après lui, cela est justifié non pas par une quelconque nature communautaire de ce droit, mais par les conditions de participation de ces États à ce système juridique. Il rappelle, à ce sujet, l'article 54 du Traité OHADA, qui n'admet aucune réserve. Et l'auteur de noter que c'est cet élément qui fait la spécificité de l'OHADA, tout en reconnaissant que cela conduit à un résultat paradoxal[7]. En fait de paradoxe, poursuit-il, le droit OHADA ne fait que confirmer une tendance ancrée dans le droit international africain :

> « Ainsi apparaît la nature véritable de l'OHADA : celle d'une organisation interétatique chargée de régir un espace économique non intégré, qui parvient à secréter un droit supra-étatique, sans affecter en cela son statut institutionnel. […]. Qu'il s'agisse de l'Union africaine qui parle abondamment d'intégration africaine et dont les structures évoquent artificiellement une organisation communautaire ; qu'il s'agisse encore d'authentiques organisations communautaires sous-régionales comme la CEMAC, qui fonctionnent encore trop souvent comme de simples organisations de coordination politique ou technique, l'observateur reste souvent perplexe. C'est que comme souvent en Afrique, la réalité est sans doute ailleurs (...). Cette réalité constitue le point fort du système OHADA. Elle atteste, à travers la finalité poursuivie de l'intégration juridique du droit des affaires, de sa singularité dans le monde très divers des organisations internationales. Comme le souligne fortement le professeur P. G. Pougoué, l'on ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes juridiques communs, on cherche l'intégration juridique pour

[5] *Ibid*., p. 429.
[6] *Ibid.,* p. 432.
[7] *Idem.*

> faciliter les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises »[8].

La question de la nature juridique du droit OHADA demeure, à ce jour, ouverte et débattue. Si la doctrine oppose souvent deux lectures – l'une rattachant le droit OHADA au droit international général et l'autre au droit communautaire –, certains auteurs contemporains considèrent que ce système juridique présente des caractéristiques hybrides qui le rapprochent d'un ordre juridique d'intégration original, souvent qualifié de *sui generis*. Loin de susciter un consensus, cette question révèle la richesse et la complexité d'un système normatif encore en quête de sa propre définition.

À la suite du professeur Doumbé-Billé, le courant qu'il a incarné considère le droit de l'OHADA un ordre normatif autonome, structuré selon une logique propre, distincte tant du modèle communautaire européen que du droit international classique. Dans cette perspective, certains auteurs préfèrent y reconnaître un droit uniforme, expression d'une volonté d'unification juridique transcendant les frontières nationales, tandis que d'autres y discernent plutôt un droit harmonisé, fondé sur la convergence sans fusion totale des ordres juridiques.

À l'inverse, un second courant doctrinal estime que l'ensemble des critères nécessaires permettent de reconnaître au droit OHADA une véritable nature communautaire. Pour ces auteurs, la structure institutionnelle de l'Organisation, la force obligatoire directe de ses Actes uniformes et l'existence d'une juridiction supranationale – la CCJA – traduisent l'émergence d'un ordre juridique intégré, dépassant la simple coopération interétatique[9].

Dans cette perspective, Levoa Awona souligne que l'OHADA, par son dispositif institutionnel et la hiérarchie normative qu'elle institue, réalise les attributs essentiels d'un droit communautaire fonctionnel, voire embryonnaire d'une supranationalité africaine[10].

Ainsi, entre uniformisation et harmonisation, entre internationalisme juridique et affirmation d'une souveraineté africaine partagée, le droit OHADA s'impose moins comme un simple mécanisme technique que comme une expérience normative inédite, révélatrice d'un modèle africain d'intégration par le droit[11].

---

[8] *Ibid.*, pp. 435-436. Voir également P.-G. POUGOUE, « OHADA, instrument d'intégration juridique », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 2, 2011, p. 11.

[9] Voir : S.-P. LEVOA AWONA, « Retour sur la nature du droit de l'OHADA », *in Le Nemro. Revue trimestrielle de droit économique*, juillet-septembre 2019, pp. 61 et s. ; S. D. NJONGA MOUKALA, *La nature du droit de l'OHADA*, Thèse de doctorat en droit, Université de Douala (Cameroun), 2019, p. 29.

[10] S.-P. LEVOA AWONA, « Retour sur la nature du droit de l'OHADA », *op. cit*., pp. 61 et s.

[11] Voir B. MARTOR *et al.*, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Paris, Litec, 2004.

B.- Classification du droit de l'OHADA dans le droit communautaire

De nombreux auteurs soutiennent la thèse de l'appartenance du droit OHADA au droit communautaire. Parmi ceux-ci, il convient de mentionner l'apport majeur du professeur Pougoué (Université de Yaoundé II) à ce courant, en particulier, dans son étude intitulée « Doctrine OHADA et théorie juridique », publiée dans un volume spécial de la Revue de l'École supérieure de magistrature (ERSURMA) de l'OHADA. À propos des rapports entre le droit OHADA et les ordres juridiques internes des États membres, il écrit ceci :

> « Dans la logique de la doctrine moniste des pays de l'espace OHADA, les normes OHADA font bien partie intégrante de l'ordre juridique applicable sur le territoire national ; mais, tout en déployant cet effet, elles conservent leur nature propre et leur autonomie comme normes de l'ordre. L'on perçoit les possibilités de conflit entre les deux ordres juridiques : problèmes de hiérarchie, problème de constitutionnalité, problèmes de complémentarité.
> Les rédacteurs du Traité de l'OHADA ont été attentifs aux problèmes de hiérarchie entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques internes des États membres. L'article 10 du Traité pose, à cet effet, un double principe : celui de la primauté des normes de l'ordre juridique OHADA et celui de l'effet obligatoire de la norme OHADA. La CCJA a eu l'occasion de conforter la position des concepteurs du Traité. On peut en tirer trois conséquences en ce qui concerne les rapports entre l'ordre juridique OHADA et les ordres juridiques nationaux : le droit OHADA, parce qu'il ne peut être contesté une fois adopté et entré en vigueur, il a un caractère supranational ; parce qu'il a vocation à être immédiatement et directement applicable dans l'ordre juridique interne de chaque État partie, sans procédure quelconque de réception dans le droit interne, il revêt un caractère transnational ; parce qu'il fixe lui-même sa propre place par rapport aux seuls droits internes, il atteste l'existence et la primauté de l'ordre juridique de l'OHADA »[12].

La référence aux caractères supranational et transnational du droit OHADA est susceptible de porter à confusion, les deux notions ne reflétant pas le même contenu, comme on le verra dans la seconde partie de la présente étude.

La thèse supranationaliste ou communautariste a été renforcée par l'examen du mandat et des compétences de la CCJA. Cette Cour a développé une importante jurisprudence, qui a enrichi le droit de l'OHADA tout en confortant une partie de la doctrine sur la nature communautaire de celui-ci[13]. Juridiction suprême chargée d'assurer l'interprétation uniforme du droit de l'OHADA, la CCJA exerce à la fois une fonction juridictionnelle et une

[12] P.-G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, numéro spécial, novembre-décembre 2011, p. 14. Voir également G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflit des lois*, thèse de doctorat en droit, Université Lyon 3 et Université de Yaoundé 2, 2009.

[13] Voir, en particulier, H. TCHANTCHOU, *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA. Étude à la lumière du système des Communautés européennes*, Paris, L'Harmattan, 2009.

fonction arbitrale, ce qui renforce son rôle structurant dans l'édification de cet ordre juridique.

Pourtant, la réalité est différente, comme l'illustre le constat effectué par un hebdomadaire panafricain concernant les déboires en série et les sérieux doutes autour de l'indépendance de la CCJA :

> « La justice publique des pays où siègent les instances d'arbitrage conserve un droit de regard sur les activités des multinationales, ce qui décourage nombre d'entre elles de régler leurs litiges en Afrique. "Nos clients préfèrent Londres ou Paris, où les jugements sont prévisibles", explique Kwadwo Sarkodie, avocat associé au sein du cabinet londonien Mayer Brown. Une préférence renforcée par les déboires de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), l'une des instances les plus importantes sur le continent. Cet organe de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), qui officie dans 17 pays, aurait subi des pressions à la suite de la condamnation de l'État béninois en 2014. L'année suivante, la Guinée a réussi à faire annuler une sentence rendue contre elle par cette même instance, au prétexte que les arbitres ayant traité le dossier auraient perçu des indemnités trop élevées. Enfin, en 2016, les ministères de la Justice et des Finances des pays membres de L'OHADA ont suspendu pour mauvaise gestion le président de la Cour, à la suite d'un rapport d'audit du cabinet PwC. De quoi faire planer le doute sur le fonctionnement interne de la CCJA, ainsi que sur son indépendance »[14].

Ces controverses, largement commentées à l'époque, ont néanmoins conduit à plusieurs efforts de réforme visant à renforcer la transparence et la gouvernance du fonctionnement de la Cour[15].

Ce constat est susceptible de mettre en brèche la thèse supranationaliste du droit OHADA, laquelle procède d'une prétendue supranationalité de la CCJA. Ces éléments invitent dès lors à s'interroger sur la possibilité de rattacher le droit de l'OHADA à un ordre juridique tiers, distinct à la fois du droit international classique et du modèle communautaire.

II.- Classification du droit de l'OHADA dans un « tiers ordre »

Sur la base des arguments présentés par les deux écoles (internationaliste et communautariste), il m'est difficile de rattacher le droit OHADA à l'un des deux ordres juridiques en présence, tant il emprunte des éléments appartenant à l'un et à l'autre. Cette hybridation appelle à un examen plus approfondi des aspects institutionnel, matériel et procédural de ce droit, afin de déterminer s'il pourrait être rangé dans un « tiers ordre ».

---

[14] Olivier HOLMEY, « Droit des affaires : l'arbitrage international dans le box des accusés », *Jeune Afrique*, 28 janvier 2020.

[15] Sur les réformes intervenues dans le système OHADA à la suite de ces controverses, voir notamment l'adoption par le Conseil des ministres de l'OHADA, les 23 et 24 novembre 2017 à Conakry, de trois instruments majeurs : l'Acte uniforme relatif à la médiation, le nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et le Règlement d'arbitrage révisé de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA), visant à moderniser et renforcer la transparence, l'efficacité et l'attractivité du système arbitral de l'OHADA.

A.- Aspect institutionnel

L'OHADA est une organisation internationale regroupant 17 États membres, au 1er janvier 2020[16]. Conformément au Traité de Port-Louis de 1993 tel que révisé par le Traité de Québec du 17 octobre 2008, l'OHADA comporte les organes suivants : la Conférence des chefs d'État et de gouvernement ; le Conseil des ministres de la justice et des finances ; le Secrétariat permanent, basé à Yaoundé ; la CCJA, dont le siège est à Abidjan (Côte d'Ivoire), et l'École régionale supérieure de la magistrature (ESURMA), basée à Porto-Novo (Bénin).

L'OHADA définit sa mission comme suit :

> « La mission de l'OHADA [consiste en l'harmonisation du droit des affaires en Afrique aux fins de garantir, au niveau de ses États membres, une sécurité juridique et judiciaire pour les investisseurs et les entreprises. (...)
> Ce Traité [OHADA] a pour principal objectif de remédier à l'insécurité juridique et judiciaire existant dans les États parties.
> Et il est indéniable que la balkanisation juridique et l'insécurité judiciaire constituaient une entrave réelle au développement économique. L'harmonisation du droit économique et l'amélioration du fonctionnement des systèmes judiciaires dans nos pays étaient donc considérées comme nécessaires pour restaurer la confiance des investisseurs, faciliter les échanges entre les pays et développer un secteur privé performant »[17].

En dépit de sa mission apparente, l'OHADA est une organisation de coopération et non une institution intégrée. Le professeur Pougoué, un des tenants de la thèse communautariste, le reconnaît explicitement lorsqu'il écrit :

> « Originellement, le modèle d'intégration juridique de l'OHADA est tout simple : une organisation inter-étatique est créée avec pour objectif de secréter, pour les États parties à son espace, un droit uniforme des activités économiques. L'OHADA n'est qu'un outil technique. Très vite cependant, apparaissent au jour les limites de cette conception. Malgré tout, un espace juridique se construit. La révision du Traité de l'OHADA en 2008 brouille davantage la situation et jette un voile sur le modèle OHADA »[18].

Cela nous pousse à rechercher la nature des Actes uniformes produits par l'OHADA : s'agit-il de normes conventionnelles assimilables à des traités internationaux relevant du droit primaire, ou plutôt d'un droit dérivé adopté par les organes de l'Organisation dans le cadre des compétences qui leur ont été conférées par le Traité ?

[16] Il s'agit des États suivants : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Côte d'Ivoire, Congo, Comores, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad, Togo.
[17] Source : « Présentation générale » sur le site officiel de l'OHADA (https://www.ohada.org/presentation-generale/).
[18] P.-G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *op. cit.*, p. 10.

B.- Aspect matériel

En trois décennies de fonctionnement, l'OHADA a produit plus d'une dizaine d'Actes uniformes, dont plusieurs ont été abrogés. Le tableau ci-dessous inclut la liste des Actes uniformes en vigueur au 27 avril 2026, suivant l'ordre chronologique de leur adoption.

Actes uniformes OHADA[19]

Actes uniformes en vigueur	Date et lieu d'adoption et date de publication dans le Journal officiel (J.O.) de l'OHADA
1. Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route	Adopté à Yaoundé, Cameroun, le 22 mars 2003 (J.O. n° 13 du 31 juillet 2003)
2. Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général	Adopté à Lomé, Togo, le 15 décembre 2010 (J.O. n° 21 du 15 février 2011)
3. Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés	Adopté à Lomé, Togo, le 15 décembre 2010 (J.O. n° 22 du 15 février 2011)
4. Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (AUSCOOP)	Adopté à Lomé, Togo, le 15 décembre 2010 (J.O. n° 22 du 15 février 2011)
5. Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique	Adopté à Ouagadougou, Burkina Faso, le 30 janvier 2014 (J.O. n° spécial du 4 février 2014)
6. Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif	Adopté à Grand-Bassam, Côte d'Ivoire, le 10 septembre 2015 (J.O. n° spécial du 25 septembre 2015)
7. Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière	Adopté à Brazzaville, République du Congo, le 26 janvier 2017 (J.O. n° spécial du 15 février 2017)
8. Acte uniforme relatif à la médiation	Adopté à Conakry, Guinée, le 23 novembre 2017 (J.O. n° spécial du 15 décembre 2017)
9. Acte uniforme révisé relatif au droit de l'arbitrage (AUA)	Adopté à Conakry, Guinée, le 29 novembre 2017 (J.O. n° spécial du 15 décembre 2017)
10. Acte uniforme relatif au système comptable des entités à but non lucratif	Adopté à Niamey, Niger, le 22 décembre 2022 (J.O. n° spécial du 22 février 2023
11. Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution	Adopté à Kinshasa, République démocratique du Congo, le 17 octobre 2023 (J.O. n° spécial du 15 novembre 2023)

[19] Source : OHADA, « L'OHADA, un outil technique service de la croissance économique et du développement », Yaoundé, 2026, pp. 2-4.

Le droit matériel de l'OHADA porte principalement sur les relations économiques et commerciales au sein de l'espace OHADA, bien que ses destinataires immédiats soient en pratique les opérateurs économiques et les personnes privées. Les Actes uniformes sont adoptés par le Conseil des ministres de l'OHADA conformément au Traité constitutif et s'imposent aux États parties.

Certes, le critère de l'application directe des Actes uniformes dans les ordres internes des États membres de l'OHADA a conduit les tenants de la thèse communautariste à ranger le droit OHADA dans le droit communautaire ou supranational. Ce critère ne nous semble pas déterminant pour une telle classification. En procédant à l'application directe des Actes uniformes dans le droit interne, les États membres ont simplement voulu faciliter leur mise en œuvre rapide, en s'inspirant de certaines techniques de réception immédiate du droit international dans les ordres juridiques internes.

Le législateur OHADA a voulu conférer à ces Actes un effet direct dans les ordres juridiques internes des États parties, ce qui les rapproche, sur ce point précis, de certains instruments internationaux dits *self-executing* ou accords sous forme simplifiée.

En revanche, le critère déterminant pour une quelconque qualification du droit OHADA nous semble être la délocalisation partielle du contentieux relatif aux activités économiques relevant du droit OHADA, c'est-à-dire le transfert du contrôle juridictionnel suprême de l'ordre judiciaire national vers une juridiction régionale, la CCJA. Il ne s'agit nullement d'un transfert de souveraineté des États à une juridiction internationale, mais d'un mécanisme juridictionnel d'intégration destiné à garantir l'interprétation uniforme du droit OHADA, tout en laissant aux juridictions nationales la connaissance des litiges au fond.

C.- Aspect procédural

La technique de délocalisation du contentieux relatif aux contrats d'État (conclus entre États et personnes privées), particulièrement développée dans le domaine des contrats d'investissements liés aux ressources naturelles, notamment le pétrole, constitue un précédent intéressant pour le droit OHADA. En effet, par souci de sécurisation judiciaire, les États et les personnes privées parties aux contrats d'État ont développé une pratique consistant à inclure des clauses compromissoires prévoyant le recours à l'arbitrage international en cas de litige, contribuant ainsi à l'émergence d'un « tiers droit », souvent qualifié par la doctrine de droit transnational[20]. Cette

[20] Voir, en particulier, P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité dans les accords de développement économique », *in La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 301-328 et, du même auteur, « Droit international et contrats d'État », *in Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, pp. 549-582. Voir également : B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *Journal du droit international (Clunet),* vol. 105, 1979, pp. 475-505 ; M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *in Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 373-385 ; K. TUORI, « Vers une théorie du droit transnational », *Revue internationale de droit économique*, vol. 27, 2013, pp. 9-36.

délocalisation du contentieux relatif aux contrats d'État a été institutionnalisée, à travers la création de mécanismes internationaux spécialisés, notamment le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), institué par la Convention de Washington de 1965.

Le système de l'OHADA procède d'une logique comparable : il organise une délocalisation partielle du contentieux relatif aux activités économiques relevant du droit OHADA, le contrôle de cassation étant transféré à une juridiction régionale spécialisée, la CCJA. Ce mode opératoire du droit OHADA nous permet de ranger celui-ci dans le droit transnational.

Contrairement à la délocalisation du contentieux relatif aux contrats d'État, qui peut être entière dans le cadre de l'arbitrage international, la délocalisation du contentieux relatif aux « contrats d'affaires » de droit OHADA est partielle, car les juridictions nationales de première instance et d'appel des États membres demeurent compétentes pour connaître des litiges entre les parties. Cela ressort clairement de la triple mission (juridictionnelle, consultative et arbitrale) de la CCJA.

***

Le droit de l'OHADA est une œuvre singulière dans le paysage juridique mondial. À la croisée du droit international, du droit régional et du droit interne, il se dresse comme une tentative audacieuse de concilier l'unité juridique et la diversité étatique. Sa nature hybride, loin d'être un simple compromis technique, reflète une ambition politique et philosophique : celle de bâtir une forme de souveraineté juridique partagée au service de l'intégration économique africaine.

Il résulte de l'analyse qui précède que les deux thèses à la base de la controverse doctrinale sur la nature du droit OHADA (internationaliste et communautariste) ne recueillent pas notre adhésion. De l'examen des éléments institutionnel, matériel et procédural du droit OHADA, il ressort que celui-ci peut être rattaché à un « tiers droit », que l'on peut qualifier de droit transnational. Cette classification procède de la délocalisation du contentieux relatif aux contrats d'affaires (de droit privé) du niveau des juridictions nationales suprêmes vers une juridiction régionale, la CCJA, opération justifiée par la recherche de sécurité juridique et judiciaire des investissements, ce qui constitue précisément l'objectif principal poursuivi par l'OHADA.

Cette classification trouve un précédent dans le rattachement des contrats d'État au droit transnational. Pour les mêmes motifs de sécurisation juridique et judiciaire des investissements, le contentieux relatif à ces contrats a été internationalisé. Toutefois, contrairement à l'approche universelle suivie dans le cadre du contentieux des contrats d'investissement – reposant notamment sur les mécanismes du CIRDI ou sur l'arbitrage international –, l'OHADA a contribué à la régionalisation du contentieux des « contrats d'affaires » à travers la création de la CCJA et l'adoption d'Actes uniformes relatifs à l'arbitrage et à la médiation.

La régionalisation du droit international fut un thème cher au regretté professeur Doumbé-Billé[21]. La nature du droit OHADA ne se laisse pas enfermer dans les catégories classiques. Il est à la fois international par sa source, régional par sa vocation et interne par son effet direct. Il incarne une forme originale de droit d'intégration africaine, témoignant de la capacité du continent à élaborer ses propres instruments de modernisation juridique et de sécurisation des échanges économiques.

[21] S. DOUMBÉ-BILLÉ (dir.), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

LA CONTRIBUTION DE L'AFRIQUE À LA CONSOLIDATION DES PRINCIPES DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX

Brusil Miranda METOU

Agrégée des facultés de droit, Université de Yaoundé II (Cameroun)

La vie nous offre parfois des occasions uniques de rencontrer des personnes aux qualités exceptionnelles. Depuis que j'ai fait sa connaissance, en 2004, en tant qu'enseignante à l'université, le Professeur Stéphane Doumbé-Billé n'a cessé de m'impressionner, tant par ses grandes qualités humaines que par sa joie de vivre qu'il savait si bien transmettre à tous ceux qui l'approchaient. La divine providence m'aura permis de faire sa connaissance et de le fréquenter, mais également d'apprendre énormément à ses côtés. S'il affectionnait particulièrement le droit de l'environnement, il consacrait aussi du temps à d'autres branches du droit international, parmi lesquelles le droit des investissements internationaux. En la matière, on peut s'interroger sur la contribution de l'Afrique à la consolidation des principes du droit des investissements internationaux.

Le continent africain apparaît, de nos jours, comme le plus grand demandeur en matière d'investissements internationaux. Partie intégrante du droit international économique, le droit des investissements internationaux est un droit en constante évolution, dont les sources se répartissent entre le droit interne et le droit international. De ce fait, toutes les régions du monde contribuent à la formation des normes et des principes de ce droit, qui est à la fois ancien et nouveau. Nouveau par son envergure et par l'ampleur qu'il a acquise au fil des ans, du fait de son actualité et de son importance pour les États, il s'est édifié progressivement avec la participation de toutes les régions du monde. Il s'agit aussi d'un droit ancien, car aucun État ne s'est développé sur le plan économique sans élaborer des règles relatives aux investissements internationaux ou étrangers. L'importance du droit des investissements internationaux est plus avérée pour les pays en développement, en particulier les pays africains, que pour les pays du Nord[1]. En fait, « [p]our les pays en développement, les économies émergentes et les pays en transition, l'IDE est devenu une source de plus en plus importante de développement économique et de modernisation, de croissance des revenus et d'emplois »[2]. De manière

[1] L'investissement direct étranger (IDE) est bénéfique tant pour les pays d'origine que pour les pays d'accueil. Il fait partie intégrante d'un système économique international ouvert et efficace et constitue l'un des principaux catalyseurs du développement. Voir OCDE, *L'investissement direct étranger au service du développement. Un maximum d'avantages pour un minimum de coûts*, Paris, 2002, p. 3). Il convient toutefois de souligner que l'IDE revêt une importance particulière pour les pays en développement, qui sont souvent des pays d'accueil des investissements.

[2] *Ibid.*, p. 5.

générale, les investissements étrangers directs contribuent à la croissance des pays en développement, en général, et des pays africains, en particulier.

La contribution de l'Afrique à la consolidation des principes des investissements internationaux est souvent sous-estimée, mais elle est bien réelle et de plus en plus structurante. Elle s'inscrit à la fois dans l'évolution du droit international économique, dans les pratiques régionales et dans les initiatives politiques africaines. D'abord, l'Afrique a joué un rôle important dans la remise en question du modèle classique de protection des investisseurs étrangers. Pendant longtemps, les accords d'investissement mettaient surtout l'accent sur la protection des investisseurs contre l'expropriation, sur le traitement juste et équitable, ainsi que sur le recours à l'arbitrage international. Plusieurs pays africains, confrontés à des litiges coûteux, ont contribué à rééquilibrer ces principes en insistant sur le droit des États de réguler dans l'intérêt public, notamment en matière de santé, d'environnement et de développement. Ensuite, au niveau régional, des instruments africains ont introduit des innovations majeures. Par exemple, le Code panafricain des investissements met en avant les obligations des investisseurs, notamment le respect des droits humains et de l'environnement, ainsi que la lutte contre la corruption, la responsabilité sociale des entreprises et la promotion du développement durable. Ces éléments participent à une évolution globale des principes des investissements internationaux vers plus d'équilibre entre droits et devoirs. Par ailleurs, les communautés économiques régionales africaines, comme la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ou la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), ont adopté des protocoles d'investissement qui limitent certains recours à l'arbitrage international, encouragent le règlement des différends au niveau régional et intègrent des objectifs de développement local. Cela influence progressivement les pratiques internationales.

L'Afrique contribue aussi à la diversification des mécanismes de règlement des différends. Plusieurs États africains remettent en question le système traditionnel d'arbitrage investisseur-État (ISDS), jugé parfois opaque et biaisé, et proposent des juridictions régionales, des mécanismes plus transparents et une meilleure prise en compte des intérêts publics.

Par ailleurs, sur le plan politique et économique, des initiatives comme la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) cherchent à harmoniser les règles d'investissement à l'échelle du continent. Cela favorise la sécurité juridique, l'attractivité des investissements et la cohérence des normes.

De ce fait, l'Afrique contribue amplement à l'émergence et à la consolidation des règles et principes de ce droit qui, bien que n'étant pas doté d'une convention internationale générale, est constitué, pour l'essentiel, de traités bilatéraux d'investissement. L'adoption du Code panafricain des investissements par l'Union africaine constitue, à cet égard, une étape significative dans la formalisation d'un cadre juridique alternatif, intégrant des obligations à la charge des investisseurs et consacrant explicitement des objectifs de développement durable. De même, certains instruments régionaux africains, tels que ceux élaborés dans le cadre de la CEDEAO ou

de la SADC, participent à la redéfinition des standards classiques du droit international des investissements. Parallèlement, la participation active des États africains aux processus de réforme du droit international des investissements, notamment dans le cadre des travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), témoigne de leur implication croissante dans la redéfinition des mécanismes de règlement des différends. Les propositions visant à renforcer la transparence, à encadrer le pouvoir des arbitres ou encore à instituer une juridiction multilatérale des investissements illustrent cette dynamique réformatrice.

En l'état actuel du développement du droit des investissements internationaux, entendu comme l'ensemble des « principes et règles, de droit interne comme de droit international, qui régissent le régime juridique des investissements effectués par les ressortissants d'un État sur le territoire d'un autre État »[3], on ne saurait parler de principes généraux de droit international, mais plutôt de principes du droit des investissements, notion elle-même insaisissable[4]. En effet, même s'ils ont de multiples sens et font l'objet de définitions variées[5], les principes généraux du droit expriment des règles de droit non écrites, mais qui peuvent être appliquées par le juge pour la résolution de litiges dont il est saisi. À la différence des autres sources du droit (telles que les lois, règlements ou traités internationaux), les principes généraux ne trouvent pas leur fondement dans des textes adoptés par les autorités habilitées à cette fin, mais sont appliqués du fait de leur consécration en cette qualité, à savoir la reconnaissance, notamment par le juge, de leur caractère contraignant. Dans les faits, lorsque l'on parle des principes dans un domaine du droit, il s'agit des principales règles autour desquelles s'articulent les autres règles régissant ledit domaine. En somme, pour ce qui est des investissements internationaux, il s'agit des règles centrales, considérées comme étant les pierres angulaires ou constituant la charpente normative des différents accords bilatéraux d'investissement.

À la lecture des traités bilatéraux conclus par les États africains entre eux et avec d'autres États non africains, il est possible de constater qu'il s'en dégage un certain nombre de principes relativement aux investissements internationaux. Considérée comme l'un des principaux demandeurs d'investissements, l'Afrique n'est pas pour autant réduite au simple rang de

[3] P. JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 250, 1994, p. 21.

[4] En effet, comme l'indique Jean Matringe : « C'est une banalité de dire que s'il est abondamment utilisé, il n'apparaît aucune définition généralement acceptée en droit positif du mot "investissement" » (J. MATRINGE, « La notion d'investissement », *in* Ch. LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 136).

[5] Pour faire référence aux principes généraux de droit, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice parle des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », une formulation critiquée et controversée. Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat observent à ce sujet que : « À partir des années soixante, la critique provenant des pays socialistes et des pays en développement a contesté jusqu'à leur existence, s'attachant particulièrement à la critique des termes, il est vrai malheureux, dans lesquels l'article 38 les désigne : "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", expression dans laquelle on a cru percevoir, non sans quelque raison, les relents persistants d'une hautaine conception européocentrique de la civilisation, héritée de l'âge colonial » (Pierre-Marie DUPUY, Yann KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, § 334).

spectateur impuissant ou de réceptacle des normes conçues et imposées en la matière par l'Occident, principal pourvoyeur d'investissements. Les pays africains ont, en effet, libéralisé le régime applicable aux investissements étrangers sur leur territoire et ont mis en place un cadre juridique incitatif pour attirer l'investissement, en tenant compte de certaines règles et valeurs fondamentales. Ces pays, en cherchant à déterminer la façon dont les politiques nationales peuvent contribuer à tirer le meilleur parti de l'investissement étranger direct, contribuent au tissage normatif international dans le domaine du droit des investissements internationaux. Il devient par conséquent difficile pour les pays africains de continuer à contester l'ordre économique mondial, car ils contribuent grandement à l'élaboration et à la mise en œuvre des règles et principes qui gouvernent les relations économiques internationales. Pendant longtemps, en effet, les pays en développement et les pays socialistes ont contesté l'opinion selon laquelle le droit international coutumier fixait une norme minimale internationale de traitement pour les investissements étrangers et affirmaient que ces investissements ne pouvaient tout au plus prétendre qu'au traitement accordé par le gouvernement d'un pays d'accueil aux investissements réalisés par ses propres ressortissants. Il en était ainsi parce que ces États estimaient n'avoir pas participé ou contribué à l'émergence de ces règles et, par conséquent, se considéraient comme ne pouvant pas être liés par elles. De nos jours, avec la mondialisation économique, on assiste à une participation active et significative des États africains à l'émergence et à la consolidation des principes régissant le droit des investissements.

Il est important de savoir de quelle marge de manœuvre dispose l'Afrique dans l'émergence et la consécration des principes applicables aux investissements étrangers. Ces interrogations sont essentielles pour tenter de décrypter les divers principes applicables aux investissements auxquels l'Afrique a contribué. Dans les faits, les États africains ont développé des relations financières et économiques avec d'autres États et ont tissé des liens étroits avec les investisseurs étrangers sur leur territoire depuis leur accession à l'indépendance.

On peut alors se demander quels sont les principes de droit international des investissements qui ont été impulsés, appuyés ou défendus par l'Afrique et si de tels principes contribuent à structurer les accords bilatéraux d'investissement qu'ils signent avec d'autres États. Une telle interrogation est d'un double intérêt, à la fois scientifique et pratique. Sur le plan scientifique, il est question de détecter les grands principes du droit des investissements impulsés par les pays africains ou qui ont été adoptés sous l'impulsion des pays africains. En l'absence d'une convention multilatérale sur les investissements qui recenserait les grands principes régissant les investissements internationaux, il est possible de se référer aux traités bilatéraux d'investissement. Seulement, du fait de la multiplication et de la complexité croissante des TBI, il devient plus difficile pour les pays, en particulier, pour les pays africains, de conserver une certaine cohérence de leur réseau de TBI. Or, détecter lesdits principes faciliterait la tâche et permettrait une plus grande structuration des TBI, voire une harmonisation desdits principes dans leurs TBI. Par ailleurs, la densification du réseau de traités pourrait entraîner des contradictions au sein des TBI conclus par un

même État. Or, s'il est tenu de respecter certains principes lors de la conclusion des TBI, il pourrait facilement articuler les dispositions autour des principes à l'émergence desquels il aura contribué. En effet, le monde de la recherche s'intéresse toujours à la source, voire à l'origine d'une règle pour pouvoir en déterminer la portée. Il est tout à fait intéressant de mesurer la part de l'Afrique, qui est devenue l'une des destinations principales des investissements directs étrangers détenus par les investisseurs occidentaux, majoritairement. Sur le plan pratique, le dégagement des principes impulsés par l'Afrique permettrait une meilleure structuration des futurs TBI.

La présente étude passe en revue les principales règles internationales en matière d'investissement et met en évidence la contribution spécifique de l'Afrique dans le soutien et la promotion des principes du droit des investissements. Dans les faits, il est question de savoir quel est l'apport de l'Afrique en matière d'émergence des principes de droit international des investissements. Il existe, en effet, de nombreux principes applicables aux investissements internationaux, et il est question de savoir quel a été l'apport de l'Afrique dans leur élaboration, étant entendu que le droit des investissements se renouvelle constamment et qu'il n'a pas pris ses racines sur ce continent. Une telle étude ne peut être conduite que sur la base de l'analyse minutieuse des traités bilatéraux d'investissement conclus entre les États africains eux-mêmes, ainsi qu'entre ces derniers et d'autres États, mais aussi à travers l'exploitation des sentences arbitrales relatives aux investissements. En outre, on assiste depuis quelques années à une multiplication des accords de libre-échange ou d'autres traités de coopération économique assortis de dispositions sur l'investissement, qui complètent ou remplacent les accords bilatéraux d'investissement (ABI) « classiques ». Divers principes du droit des investissements sont intégrés dans ces accords et il est nécessaire de les exploiter dans le cadre de la présente étude. Cette méthode conduit à démontrer que les États africains ont fermement défendu les principes de sauvegarde de la souveraineté (I) et contribué significativement à la réaffirmation des principes de soumission des investissements à la législation interne des États (II).

I.- La défense acharnée des principes de sauvegarde de la souveraineté

Les États africains, nouvellement indépendants, se sont accrochés à leur souveraineté comme à une bouée de sauvetage. En effet, s'il y a un principe qui structure les accords bilatéraux d'investissement et pour lequel les États africains ont largement contribué à l'enracinement, dans le cadre du droit international général, d'abord, et du droit international économique, ensuite, c'est bien celui de la préservation de la souveraineté[6]. Les États africains cherchaient ainsi à acquérir une place de choix dans les relations

[6] La souveraineté est comprise comme « le caractère suprême du pouvoir : suprême en ce que ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui. Quand on dit que l'État est souverain, il faut entendre par là que, dans la sphère où son autorité est appelée à s'exercer, il détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir » (R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome I, Paris, Sirey, 1985, p. 49).

internationales en s'opposant aux limitations imposées par un droit international général considéré comme essentiellement européen et voulaient acquérir leur droit de règlementer discrétionnairement leurs ressources naturelles. Dans ce contexte,

> « la relation entre l'investisseur étranger et le pays d'accueil baignait dans la méfiance : chacun se méfait de son partenaire. L'État d'accueil craignait d'entrer dans une relation économique où il serait condamné à avoir le dessous, et l'investisseur redoutait une relation inégale où il serait affronté à la souveraineté de l'État. C'était l'époque où l'idéologie dominante était fondamentalement hostile à la domination économique des pays du Tiers Monde, dits du Sud, par les multinationales des pays occidentaux, dits du Nord »[7].

Ils n'étaient pas les seuls à revendiquer ce droit, ils rejoignaient certains autres États européens et latino-américains qui y voyaient un moyen d'impulser une nouvel ordre économique international. Ce faisant, les États africains s'alignaient sur la conception selon laquelle « la capacité que possède l'État souverain d'édicter des normes juridiques est virtuellement illimitée, dès lors qu'elle se fonde soit sur le chef de compétence tiré de la territorialité, soit sur le chef de compétence tiré de la nationalité »[8]. S'associant aux autres États, et en exerçant une influence au sein des assemblées des institutions internationales, les États africains sont parvenus à faire adopter un ensemble de textes consacrant ce principe. Il s'agit d'un principe qui se décline en deux sous-principes dans le domaine économique, à savoir la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (1) et la liberté d'accueil des investissements étrangers sur leur territoire (2).

A.- La revendication de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles

Pourvoyeurs des ressources naturelles, qui, jusqu'à aujourd'hui, constituent la source principale de leurs richesses, les États africains se sont battus pour faire reconnaître ce principe dans le cadre de leurs relations économiques avec les autres États, mais aussi et surtout avec les investisseurs. De manière générale, il s'agissait pour eux de soumettre l'exploitation des ressources naturelles à la reconnaissance d'un droit de propriété exclusif. Ils sont les seuls propriétaires de leurs ressources naturelles et sont libres d'en disposer à leur convenance. La majorité des accords bilatéraux d'investissement présentent de nombreux points de convergence sur l'essentiel de leur contenu. C'est ainsi que « l'affirmation de la souveraineté nationale sur les ressources était au cœur de la recherche d'un nouvel ordre économique international (NOEI) traduisant, sur le terrain juridique, la volonté des pays du tiers-monde de retrouver la maîtrise de leur destin

[7] P. WEIL, *Écrits de droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 412.
[8] D. CARREAU, P. JUILLIARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 4e éd., 2010, p. 446.

économique »[9]. Considéré, au départ, comme une doctrine du droit international défendue par les pays en développement, le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles a été consolidé à travers divers instruments internationaux à la fois dans la *soft law* et dans le droit positif. Relativement aux instruments de *soft law*, on retrouve ce principe dans plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies consacrant ce principe comme un simple corollaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes[10]. Il sera consolidé ensuite par les instruments de droit positif, en l'occurrence les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966[11], la Charte des droits et devoirs économiques des États de 1974[12], la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de

[9] P. NOËL, « La constitutionnalisation du régime juridique international des investissements pétroliers et la (re)construction du marché mondial », Grenoble, Institut d'économie et de politique de l'énergie, Unité mixte de recherche du Centre national de la recherche scientifique et de l'Université Pierre Mendès France, septembre 2000, p. 9.

[10] La Résolution 1515 (XV), adoptée par l'Assemblée générale en 1960, recommande le respect du droit souverain de chaque État de disposer de ses richesses et ressources naturelles, conformément aux droits et devoirs économiques des États en droit international. Ces droits et devoirs s'exercent de manière réciproque : les États tiers doivent respecter la souveraineté de l'État concerné, tandis que celui-ci doit garantir les droits des États et des particuliers étrangers selon les standards du droit international. Cette approche s'inscrit dans le prolongement de la Résolution 626 (VII) de 1952, qui visait à concilier souveraineté sur les ressources naturelles et circulation des capitaux vers les pays en développement, étant entendu que la souveraineté sur les ressources naturelles ne devait pas gêner les mouvements de capitaux à destination des pays en développement, et ce tant dans l'intérêt des pays importateurs que dans celui des pays exportateurs. À cet égard, la Résolution 1803 (XVII) de 1962 constitue le texte fondamental en la matière, en consacrant le droit inaliénable de chaque État de disposer librement de ses ressources naturelles, s'inscrivant ainsi dans la continuité de la Résolution 1314 (XIII) de 1958, qui avait instauré la Commission pour la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Par la suite, la Résolution 2158 (XXI) de 1966 est venue rappeler que les ressources naturelles des pays en développement constituent le fondement de leur développement économique en général et de leur progrès industriel en particulier, et que, parce qu'elles sont limitées et épuisables, leur exploitation rationnelle conditionne le développement aussi bien dans le présent que pour l'avenir. Quelques années plus tard, la Résolution 2692 (XXV) de 1970 a mis en évidence le lien étroit entre les conditions d'exploitation des ressources naturelles et le financement du développement.

[11] L'article 1er, commun aux deux Pactes internationaux de 1966 – le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – énonce : « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ». En outre, l'article 47 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 25 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels spécifient : « Aucune disposition du présent Pacte ne sera interprétée comme portant atteinte aux droits inhérents de tous les peuples à profiter et à user pleinement et librement de leurs richesses et ressources naturelles ».

[12] Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 12 décembre 1974, cette Charte, composée de 34 articles, affirme notamment, dans son préambule, « l'urgence d'établir des normes d'application universelle pour le développement des relations économiques internationales sur une base juste et équitable ». Parmi les principes de portée universelle ainsi consacrés figure le droit reconnu à chaque État d'exercer librement une souveraineté pleine et permanente sur ses richesses, ses ressources naturelles et l'ensemble de ses activités économiques, y compris le pouvoir d'en assurer la possession, l'usage et la disposition. Rapportée au contexte historique de son émergence, une telle affirmation revenait à légitimer, sur le plan juridique et politique, la faculté pour les États de procéder à la nationalisation de l'exploitation de leurs ressources naturelles. Pour les États nouvellement indépendants, ce

traités de 1978[13], ainsi que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981. L'article 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des États de 1974 rappelle, à cet égard, que, « chaque État détient et exerce librement une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses, ressources naturelles et activités économiques, y compris la possession et le droit de les utiliser et d'en disposer ».

Ce principe a désormais une valeur de norme coutumière établie par les tribunaux internationaux[14]. Il signifie que, dans les négociations relatives à la conclusion d'accords d'investissement portant sur l'exploitation des ressources naturelles, l'État détient le droit exclusif d'exercer son *imperium* sur les investissements réalisés sur son territoire. Dans ce cadre, les États ont le droit d'exploiter librement les ressources naturelles situées sur leur territoire ou d'en accorder l'exploitation aux investisseurs potentiels, s'ils le souhaitent. Ce principe est inscrit au cœur du nouvel ordre économique international. Le nouvel ordre économique international devait, en effet, avoir pour piliers « l'équité, l'égalité souveraine, l'interdépendance, l'intérêt et la coopération entre tous les États. Le lien entre la théorie de la souveraineté et la notion d'un nouvel ordre économique international est donc aussi étroit qu'indubitable »[15]. Dans la *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies* en 1974, plusieurs principes sur lesquels le nouvel ordre économique international devrait être fondé sont énoncés, parmi lesquels figure celui de la « souveraineté permanente intégrale de chaque État sur ses ressources naturelles et sur toutes les activités économiques ». C'est ainsi que le droit de souveraineté permanente sur les ressources naturelles a été intégré à la notion de nouvel ordre économique international, renforçant ainsi davantage la portée de ce droit et lui conférant une plus grande légitimité. Le nouvel ordre économique international étant destiné à représenter un nouveau départ dans le cadre des relations économiques internationales, il paraissait

principe a représenté un vecteur décisif d'affirmation de leur autonomie économique. La souveraineté sur les ressources naturelles est ainsi apparue comme l'un des instruments privilégiés de consolidation de l'indépendance des États issus de la décolonisation.

[13] L'article 13 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités de 1978 dispose que : « Rien dans la présente Convention n'affecte les principes du droit international affirmant la souveraineté permanente de chaque peuple et de chaque État sur ses richesses et ses ressources naturelles ». Sur cette disposition, voir M. HÉBIÉ, Catherine MAIA, « Article 13 : La présente convention et la souveraineté permanente sur les richesses et les ressources naturelles », *in* G. DISTEFANO, G. GAGGIOLI, A. HÊCHE (dir.), *Commentaire de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 459-528.

[14] La Cour internationale de Justice a reconnu le caractère coutumier de ce principe dans son arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* de 2005 : « Tout en reconnaissant l'importance de ce principe [de souveraineté permanente sur les ressources naturelles], qui revêt le caractère d'un principe de droit international coutumier, la Cour relève que rien dans ces résolutions de l'Assemblée générale ne laisse entendre qu'elles soient applicables au cas particulier du pillage et de l'exploitation de certaines ressources naturelles par des membres de l'armée d'un État intervenant militairement sur le territoire d'un autre État, ce qui est l'objet du troisième chef de conclusions de la RDC. La Cour n'estime pas que ce principe s'applique à ce type de situation » (§ 244).

[15] G. FEUER, *La théorie de la souveraineté sur les ressources naturelles dans les résolutions des Nations Unies*, Paris, Université René Descartes, 1983, p. 4.

normal d'y faire figurer ce principe, auquel étaient particulièrement attachés les pays en développement en général et les pays africains en particulier. La souveraineté sur les ressources naturelles a donc fait partie intégrante du nouvel ordre économique international, qui a constitué une véritable doctrine pour les pays en développement ainsi que, plus largement, pour l'ensemble des États. Ce principe implique qu'en cas de nationalisation ou d'expropriation, une indemnité soit versée, dont le montant et les conditions de paiement sont fixés par la loi nationale.

Dans la pratique africaine, la revendication de cette souveraineté s'est traduite par une série de mesures de nationalisation et de renégociation des contrats d'exploitation, notamment dans les secteurs extractifs. L'affaire *Texaco Overseas Petroleum Company v. Libya*[16] illustre cette dynamique. La Libye y invoquait sa souveraineté permanente pour justifier la nationalisation de concessions pétrolières, tandis que le tribunal arbitral reconnaissait la validité des engagements contractuels internationaux, révélant ainsi une tension persistante entre souveraineté étatique et protection juridique des investissements.

Cette tension se retrouve également dans des affaires plus récentes impliquant des États africains. Dans l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, la Tanzanie a invoqué la nécessité de protéger l'accès à une ressource essentielle – l'eau – pour justifier des mesures affectant un investisseur étranger. Le tribunal a reconnu l'existence d'un intérêt public légitime, tout en sanctionnant certaines violations procédurales, illustrant ainsi la recherche d'un équilibre entre souveraineté et obligations internationales[17].

Au-delà du contentieux, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles irrigue les évolutions normatives contemporaines du droit des investissements en Afrique. Les nouveaux modèles de traités et instruments régionaux tendent à consacrer explicitement ce principe, en l'articulant avec le droit de réguler et les objectifs de développement durable. En effet, les États africains ont voulu, à travers ce principe, défendre l'idée suivant laquelle l'État qui conclut un traité n'aliène pas sa souveraineté : il en limite simplement l'exercice, de manière volontaire. Il exerce, à travers ce traité, sa souveraineté. Cette fonction apparaît encore plus significative à l'heure de la mondialisation, où les États sont étroitement interdépendants au sein de réseaux complexes d'ententes internationales[18]. La portée effective de ce principe demeure cependant conditionnée par des contraintes structurelles importantes. La dépendance économique vis-à-vis des investissements étrangers, la volatilité des marchés des matières premières et les engagements internationaux existants limitent, dans une certaine mesure, la capacité des États à exercer pleinement leur souveraineté. Cette ambivalence reflète la nature évolutive du droit international des investissements, marqué par une

[16] *Texaco Overseas Petroleum Company v. Libya*, 53 ILR 389 (1977).
[17] *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. République unie de Tanzanie*, affaire CIRDI n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008.
[18] S. LAVALLÉE, « Quelques réflexions sur l'Accord de Paris et la souveraineté économique des États », *Vertigo, La revue électronique en sciences de l'environnement*, vol. 18, 2018.

tension constante entre impératifs de sécurité juridique et revendications de justice économique.

La souveraineté permanente sur les ressources naturelles apparaît ainsi comme un levier central de la contribution africaine à la transformation du droit international des investissements. Elle participe à la redéfinition des équilibres du système, en réaffirmant le rôle de l'État comme garant de l'intérêt général et en ouvrant la voie à une intégration plus cohérente des objectifs de développement durable dans la gouvernance des investissements internationaux.

B.- L'attachement à la liberté d'admission des investissements étrangers

Sur fond de revendication de la souveraineté, les États africains vont s'accrocher au principe de la liberté d'admission des investissements étrangers sur leur territoire, en dépit de l'existence, en droit coutumier, d'une liberté d'établissement ou d'investir consacrée par la plupart des traités d'investissement. C'est un principe qui laisse à l'État le libre choix des investisseurs potentiels qui frappent à sa porte. Ce principe vise à réaffirmer la souveraineté de l'État et renforce son indépendance économique vis-à-vis des autres États et des investisseurs étrangers. Le principe de la libre admission des investissements étrangers est devenu un principe général de droit international. En effet, il est avéré que de nombreux investisseurs frappent aux portes des États africains dans divers domaines et c'est dans le cadre du principe de la liberté d'admission des investissements étrangers que l'État va choisir librement l'investisseur auquel sera confié un secteur déterminé de l'économie. Le pouvoir des États de sélectionner les investissements admissibles est d'une importance capitale pour leur développement économique ; aussi, les conventions étudiées, à l'instar de la majorité des conventions inspirées du modèle européen, ménagent explicitement, sinon implicitement, la souveraineté de l'État hôte, libre de contrôler, de conditionner ou de sélectionner l'admission des investissements dans le cadre de son droit interne. C'est donc au nom de ce principe que les États conservent la latitude de limiter la liberté d'investir, qui est un droit légitime reconnu par la grande majorité des législations en matière d'investissement. Il s'agit notamment des secteurs sensibles ou stratégiques, comme ceux de la défense ou de l'énergie atomique[19]. Ce principe permet donc à l'État de prendre des mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, ainsi que de maintenir l'ordre public et de protéger la santé de sa population. La tendance générale que l'on observe

[19] Selon certaines législations, les textes fixent une liste positive des branches d'activités ou des mesures auxquelles s'applique le principe de non-discrimination. C'est notamment le cas de l'article 1er du Code d'incitation aux investissements égyptien (CII). D'autres législations délimitent la liberté d'investissement en fixant préalablement une liste négative des secteurs et/ou activités auxquels le principe de la liberté d'investissement ne s'applique pas ou est soumis à des réglementations spéciales. Cette délimitation varie sensiblement selon les législations. Voir notamment à ce sujet N. WANNOUS, « Le principe de la liberté d'investir : l'exemple des législations tunisienne, égyptienne et saoudienne », *Revue québécoise de droit international*, vol. 29, 2016, pp. 277-295.

dans les traités bilatéraux d'investissement consiste à encourager les investissements étrangers, mais chaque pays d'accueil choisit sa propre manière d'agir et l'approche la plus adaptée à ses intérêts.

En clair, si l'investisseur dispose de la liberté d'investir et de réaliser des investissements dans les pays de son choix, il ne peut le faire qu'avec l'accord de l'État sur le territoire duquel il veut réaliser son investissement. À cet égard, le projet de code panafricain des investissements dispose, en son article 5, § 1, que « [c]haque État membre promeut, encourage et facilite les investissements sur son territoire, et admet ces investissements conformément à sa législation et à sa réglementation »[20]. En effet, l'accroissement des phénomènes de concurrence – qui prennent des formes diverses et variées – est une caractéristique fondamentale de l'économie moderne, ce qui engendre un foisonnement d'investisseurs vers les pays africains. À mesure qu'évolue la société internationale et compte tenu de leur pouvoir économique, les multinationales exercent des pressions sur les États africains relativement à l'exploitation de leurs ressources naturelles. Face à ce phénomène, les États africains ont revendiqué et obtenu la consécration de la liberté d'admission des investissements étrangers, laquelle constitue en réalité le corollaire du principe de la souveraineté sur les ressources naturelles. Les États africains ont revendiqué et obtenu le pouvoir de définir les règles et conditions d'admission des investissements étrangers sur leur territoire. Il appartient au seul État de décider exclusivement d'admettre un investissement sur son territoire. C'est ce principe qui permet aux États africains de choisir les domaines dans lesquels les investissements étrangers sont autorisés et d'exclure lesdits investissements dans d'autres domaines. Il relève de la compétence exclusive d'un État de fixer les biens et droits qui peuvent être valablement acquis par des étrangers dans son ordre juridique, ainsi que ceux qu'il estime incompatibles avec son ordre public. La technique juridique la plus répandue en la matière consiste à limiter la participation de capitaux étrangers dans des secteurs jugés stratégiques ou sensibles. Nombre d'États restreignent ainsi l'acquisition de terres ou de biens immeubles par des étrangers. Il reste que la reconnaissance du droit d'un État d'admettre ou non des investissements étrangers a été contestée sur des bases de politique économique. Les mécanismes d'admission d'investissements, encore appelés leur « filtrage » (*screening*), ont été qualifiés d'expédients politiques, d'une légitimité économique douteuse, réservés à des pays en développement ou à économie planifiée. C'est à ce niveau que se rencontrent et s'enchevêtrent les règles relatives à l'économie de marché et celles relatives à la protection de la souveraineté des États.

C'est également sur la base de ce principe qu'un État reste libre de procéder à la nationalisation d'une entreprise opérant dans un domaine considéré comme relevant de la compétence exclusive de l'État d'accueil. En effet, « [c]'est parce qu'un État d'accueil conserve la maîtrise des conditions d'investissement dans son économie, et que ce droit lui est reconnu par traité, qu'il accepte de prendre des engagements dans d'autres domaines, tels le

[20] COMMISSION DE L'UNION AFRICAINE, Projet de Code panafricain d'investissements, Département des affaires économiques, décembre 2016.

transfert des revenus ou les conditions d'expropriation »[21]. Ainsi, les États africains restent libres de procéder à un filtrage des investisseurs au niveau des branches considérées comme vitales, en l'occurrence le domaine de la défense nationale, des activités minières, des transports, etc. Toutes les restrictions relatives aux investissements sont contenues dans diverses législations de l'État d'accueil. Il s'agit pour l'État d'accueil de tenir compte des considérations liées à la sécurité et de réaffirmer sa souveraineté sur son territoire.

Cette reconnaissance du rôle central de l'État dans l'admission des investissements s'inscrit dans une conception plus large du droit de réguler. Comme le soulignent Makane Moïse Mbengue et Stefanie Schacherer, les États africains cherchent à construire un modèle dans lequel l'ouverture aux investissements étrangers ne se fait pas au détriment de leur capacité à définir leurs priorités économiques et sociales[22]. Cependant, cet attachement à la liberté d'admission demeure confronté à des contraintes structurelles. La concurrence entre États pour attirer les investissements peut conduire à une libéralisation accrue, parfois au détriment des objectifs de régulation. Par ailleurs, les engagements internationaux existants limitent, dans certains cas, la possibilité d'imposer des restrictions à l'entrée des investissements. C'est dire que l'attachement des États africains à la liberté d'admission des investissements étrangers ne traduit pas une adhésion inconditionnelle à la libéralisation économique, mais plutôt une stratégie d'ouverture maîtrisée. Cette approche contribue à la consolidation d'un modèle de droit des investissements fondé sur un équilibre entre attractivité économique et souveraineté réglementaire, participant ainsi à la recomposition normative du régime international.

Si les principes de souveraineté et de liberté d'admission des investissements étrangers constituent la pierre angulaire de la contribution de l'Afrique aux principes du droit des investissements, d'autres principes ont également été défendus par les États africains. Il s'agit du principe de la soumission des investissements aux lois et règlements de l'État d'accueil.

II.- La réappropriation des principes de soumission des investissements aux lois des pays d'accueil

Au cœur du droit des investissements se trouve le régime des investissements étrangers sur le territoire de l'État d'accueil. À ce niveau, les pays africains ont défendu et soutenu le principe de la soumission des investissements étrangers aux lois des pays d'accueil. Le pouvoir de réglementation des mouvements de personnes et de biens sur son territoire fait partie du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'État par le droit international coutumier. La plupart des États réaffirment ainsi leur droit de réglementer les investissements réalisés sur leur territoire. La soumission aux lois des pays

[21] J.-P. LAVIEC, *Protection et promotion des investissements. Étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 53.

[22] Voir M. M. MBENGUE, S. SCHACHERER, « The "Africanization" of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, 2017, pp. 414-448.

d'accueil revient donc à exiger le respect de la réglementation en vigueur sur le territoire d'accueil (1) et la contribution de cet investissement au développement de l'État (2).

A.- L'exigence de la soumission des investissements internationaux à la loi nationale

Les États africains se sont accrochés au principe suivant lequel les investissements internationaux doivent respecter les règles en vigueur sur le territoire de l'État d'accueil. En dépit du pouvoir économique et financier et du fort potentiel dont ils disposent, les investisseurs sont dans l'obligation de respecter et de se soumettre à la réglementation en vigueur dans le pays dans lequel ils réalisent leurs investissements. D'ailleurs, ce principe est le corollaire du principe de la liberté des États de réglementer les investissements réalisés sur leur territoire. Si, à travers les traités bilatéraux, les États s'engagent à promouvoir et à encourager les investissements internationaux sur leur territoire, il ne s'agit que d'un engagement politique. Ces États se réservent le plus souvent le droit de fixer les conditions de constitution et d'exercice des activités économiques sur leur territoire. Traditionnellement, le droit international des investissements s'est construit autour d'un ensemble de garanties substantielles et procédurales visant à protéger les investisseurs contre les risques politiques et juridiques dans les États d'accueil. Toutefois, comme le souligne Christoph Schreuer, cette logique a progressivement conduit à une forme de « délocalisation normative », dans laquelle les litiges relatifs aux investissements sont soustraits aux juridictions nationales au profit de mécanismes d'arbitrage international[23]. Dans ce contexte, l'exigence de conformité au droit interne apparaît comme un instrument de rééquilibrage, permettant de réaffirmer la primauté de l'ordre juridique national.

La Charte des droits et devoirs économiques des États, adoptée en 1974 par l'Assemblée générale des Nations Unies, dispose à cet égard, en son article 2, § 2, que tout État a le droit de « réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux ». Comme le relève Mathias Audit,

> « [i]l est vrai que, portée par la volonté de certains États importateurs de capitaux d'affirmer une intransigeante souveraineté sur leurs ressources naturelles, la valeur générale exacte de cette charte a pu être discutée (…). Mais le débat suscité par ce texte n'est pas de nature à remettre en cause le constat selon lequel, par principe, un État est compétent pour réglementer les flux d'investissements à destination de son territoire ou en provenance de celui-ci. D'ailleurs, au moins pour la phase initiale de l'investissement qui est le transfert de fonds, ceci est confirmé par l'article VI, section 3, des statuts du FMI, aux termes duquel "les [États] membres pourront exercer

[23] Ch. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2e éd., 2009, pp. 125-140.

> tous les contrôles nécessaires pour réglementer les mouvements internationaux de capitaux" »[24].

À ce niveau, il faut distinguer entre la liberté d'admettre un investissement sur son territoire et la liberté de réglementer ces investissements sur le même territoire[25]. L'obligation pour les investisseurs de se soumettre à la réglementation en vigueur sur le territoire de l'État d'accueil découle directement du principe de la libre admission des investissements. À cet égard, le projet de code panafricain des investissements dispose, en son article 20 relatif aux obligations sociopolitiques des investisseurs, que : « Les investisseurs doivent respecter des obligations sociopolitiques, y compris, notamment : a) le respect de la souveraineté, de la législation, de la réglementation et des pratiques administratives nationales (…) ». Les États africains ont assorti cette exigence d'un certain nombre de facilités en guise d'incitations à l'investissement sur leur territoire. En ce sens, par exemple, l'article 4 de l'ordonnance fixant les incitations à l'investissement en République du Cameroun dispose : « L'investisseur qui sollicite l'octroi des avantages prévus par la présente ordonnance est tenu de se conformer à l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables »[26].

En règle générale, il appartient aux autorités nationales de fixer des exigences particulières à la réalisation d'un investissement étranger. Ces exigences peuvent porter sur le volume et la qualité de la production et des exportations, sur le montant et les modalités de financement, sur le transfert et l'utilisation des technologies, ainsi que sur la localisation de l'entreprise. L'une des conditions récurrentes dans le contrat d'investissement tient à la main-d'œuvre. Les États africains exigent la participation des nationaux soit dans le capital d'une entreprise en cours de création, soit par le recours à la main-d'œuvre locale. Si, au niveau de l'admission, l'investisseur est libre d'accepter ou non les conditions que lui impose l'État d'accueil, ce droit lui est refusé une fois l'investissement constitué. Il serait difficile de concevoir, en effet, qu'un investissement réalisé sur le territoire d'un État étranger continue d'être soumis à la loi nationale du pays d'origine de l'investisseur.

La soumission des investissements internationaux aux lois nationales revêt une importance particulière en Afrique en raison des enjeux liés à la gouvernance, à la transparence et à la lutte contre la corruption. Les États africains ont ainsi intégré dans leurs législations et dans leurs nouveaux modèles de traités des clauses explicites subordonnant la protection des investissements au respect du droit interne. Par ailleurs, cette exigence s'inscrit dans une dynamique plus large de « reterritorialisation » du droit des investissements. En réaffirmant le rôle central de la loi nationale, les États

[24] M. AUDIT, « Droit des investissements. Régime du droit interne », *Jurisclasseur de droit International*, fascicule 572-55, 2009.

[25] Chaque État africain dispose d'une charte ou d'un code des investissements. Ces instruments nationaux ont généralement pour objectifs d'attirer les investisseurs étrangers et nationaux, d'offrir des garanties juridiques (protection contre l'expropriation, égalité de traitement), d'accorder des avantages fiscaux et douaniers et d'orienter les investissements vers des secteurs prioritaires.

[26] Ordonnance n° 2025/002 du 18 juillet 2025 fixant les incitations à l'investissement en République du Cameroun.

africains cherchent à limiter les effets potentiellement intrusifs des normes internationales et des décisions arbitrales sur leurs politiques publiques. Cette tendance participe ainsi à l'émergence d'un modèle africain du droit des investissements, caractérisé par une articulation plus étroite entre droit interne et droit international[27].

Toutefois, l'efficacité de ce principe dépend largement de la qualité et de la stabilité des systèmes juridiques nationaux, ainsi que de la capacité des institutions à en assurer l'application. Cette exigence constitue donc un instrument essentiel de la stratégie des États africains visant à rééquilibrer le droit international des investissements. Elle contribue à restaurer la centralité de l'État dans la régulation des activités économiques transnationales, tout en favorisant une meilleure intégration des impératifs de gouvernance, de transparence et de développement durable. Cette dynamique participe ainsi à la recomposition du régime international, en réaffirmant l'importance du pluralisme juridique et de l'ancrage territorial des normes.

C'est dire qu'il appartient au droit interne de chaque État de régir tous les contrats conclus entre l'État et une entité non étatique, en l'occurrence une société multinationale. En cas de différend, les tribunaux internes seraient compétents.

B.- La défense du droit de nationaliser

Le droit de nationaliser revendiqué par les États africains est distinct de l'expropriation[28], notion très discutée et empreinte de diverses significations en droit international économique[29]. Ce droit trouve son fondement dans le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles, consacré par la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies. Ce texte reconnaît expressément la faculté pour les États de procéder à des nationalisations, sous réserve du respect de certaines conditions, notamment l'existence d'un objectif d'utilité publique et le versement d'une indemnisation appropriée. Cette idée a été fortement défendue par des auteurs comme Mohammed Bedjaoui, qui voyait dans la nationalisation un moyen de corriger les déséquilibres hérités de la colonisation économique. Dans les faits, il relève de la seule volonté de l'État de déclarer un secteur stratégique et prioritaire et de faire entrer les entreprises

[27] Voir M. M. MBENGUE, S. SCHACHERER, « The "Africanization" of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *op cit.*

[28] L'expropriation est définie comme l'« [o]pération par laquelle un État se saisit, moyennant indemnité, d'un ou de plusieurs biens appartenant à un particulier étranger ou à un autre État. (En droit international, le concept d'expropriation n'est pas toujours distingué de celui de nationalisation. Certains considèrent l'expropriation comme une simple technique, une procédure que l'État peut utiliser pour nationaliser des biens étrangers ; d'autres, que l'expropriation et la nationalisation se distinguent par leur nature et leur étendue, la première ayant un but purement administratif et portant sur un bien individualisé, la seconde s'effectuant dans un dessein politique et portant sur un ensemble de biens concrètement désignés ou abstraitement définis) » (Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 16e éd., 2026, p. 445).

[29] R. DOLZER, « Indirect Expropriations: New Developments? », *Environmental Law Journal*, vol. 11, 2002, pp. 64-93.

relevant de ce secteur dans son portefeuille public, à travers un certain nombre de mesures. Bien plus, de nos jours, les « différends ne portent plus sur l'expropriation directe – principalement liée aux nationalisations qui ont marqué les années 1970 et 1980 – mais sur la réglementation de l'investissement étranger et l'"expropriation indirecte" »[30].

C'est dans la sentence *Liamco* qu'un tribunal arbitral a opéré une distinction entre l'expropriation, relevant du droit administratif et fondée sur des considérations d'utilité publique, et la nationalisation[31]. La nationalisation est un acte de souveraineté pris par un État dans le cadre de l'orientation de sa politique économique, qui est en principe hors de portée d'un contrôle judiciaire, mais qui peut être soumis au droit international dès lors que des intérêts étrangers sont en cause. Le droit de nationaliser défendu par les États africains s'est cependant heurté aux revendications des entreprises étrangères relatives à leur droit à une indemnisation juste et équitable[32]. Mais la sentence *Liamco* s'éloigne de l'exigence d'une indemnisation intégrale automatique et retient plutôt une logique d'indemnisation équitable. Certains auteurs considèrent à cet égard que les mesures prises par les États pour protéger certains secteurs sensibles sont légitimes au regard du droit international. Ainsi, comme l'a déclaré Ian Brownlie,

> « les mesures que prennent les États, à première vue, une prérogative légitime des gouvernements, peuvent affecter considérablement les intérêts étrangers sans équivaloir à une expropriation. C'est ainsi que les avoirs étrangers et leur utilisation peuvent faire l'objet d'impositions, de restrictions commerciales impliquant des licences et des quotas, ou de mesures de dévaluation. Bien que des faits particuliers puissent modifier la situation, en principe, ce type de mesures n'est pas illégal et ne constitue pas une expropriation »[33].

---

[30] OCDE, *L'« expropriation indirecte » et le « droit de réglementer » dans le droit international de l'investissement*, Paris, septembre 2004, p. 2.

[31] L'affaire *Libyan American Oil Company c. Gouvernement libyen* (1977), connue comme l'affaire *Liamco*, est un arbitrage international majeur concernant la nationalisation de concessions pétrolières. La sentence arbitrale rendue à Genève le 12 avril 1977 par l'arbitre unique Sobhi Mahmassani a reconnu la licéité de la nationalisation opérée par la Libye, tout en condamnant l'État à verser une indemnisation équitable à la société requérante. Pour un commentaire sur les suites de cette affaire, voir notamment P. RAMBAUD, « Les suites d'un différend pétrolier : l'affaire *Liamco* devant le juge français », *Annuaire français de droit international*, vol. 25, 1979, pp. 820-834.

[32] En effet, si la procédure de nationalisation relève de l'exercice de la souveraineté de l'État, la question de l'indemnisation demeure particulièrement délicate, notamment en ce qui concerne la détermination de son montant. Dans l'affaire *Liamco*, l'arbitre a constaté le désaccord entre le droit libyen et le droit international quant aux modalités d'indemnisation et recouru aux principes généraux du droit ainsi qu'au principe d'équité afin de fixer une compensation appropriée : « Sur ces bases, l'arbitre [a alloué] à la Liamco en guise de compensation : 13 882 666 dollars pour la perte de ses installations et équipements (réparation du *damnum emergens*), 66 millions de dollars pour la perte de ses droits de concession (réparation du *lucrum cessons*) et une indemnité de 5 % sur les sommes à verser jusqu'à leur paiement (octroi d'intérêts moratoires) » (P. RAMBAUD, « Les suites d'un différend pétrolier : l'affaire *Liamco* devant le juge français », *op. cit.*).

[33] I. BROWNLIE, *Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 6e ed., 2003, p. 509.

De même, d'après Muthucumaraswamy Sornarajah, des mesures non discriminatoires concernant la lutte contre les trusts, la protection des consommateurs, les valeurs mobilières, la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire, constituent des privations de propriété non indemnisables du fait qu'elles sont jugées essentielles au bon fonctionnement de l'État[34].

Le recours à la nationalisation a été particulièrement marqué dans les décennies ayant suivi les indépendances, notamment dans les secteurs extractifs (pétrole, mines) et les infrastructures. L'affaire *Texaco Overseas Petroleum Company v. Libya*[35] illustre de manière saisissante les tensions juridiques suscitées par ces politiques. Si le tribunal arbitral y a reconnu la validité des engagements contractuels liant l'État libyen à l'investisseur, il n'a pas pour autant nié le principe du droit de nationaliser, mais en a encadré l'exercice au regard du droit international.

Plus récemment, l'affaire *Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe* a ravivé le débat sur la légitimité des politiques de nationalisation ou de redistribution foncière. Le Zimbabwe y invoquait des objectifs de justice historique et de réforme agraire pour justifier des mesures affectant des investisseurs étrangers. Bien que le tribunal ait conclu à une violation des obligations internationales, cette affaire a nourri une réflexion doctrinale sur la prise en compte des contextes historiques et sociaux dans l'appréciation de la légalité des nationalisations[36].

Dans le prolongement de cette pratique contentieuse, les États africains ont cherché à réaffirmer et à encadrer le droit de nationaliser dans leurs instruments juridiques contemporains. Les nouveaux modèles de traités d'investissement et les textes régionaux tendent ainsi à préciser les conditions d'exercice de ce droit, tout en réaffirmant sa légitimité. Le Code panafricain des investissements, élaboré sous l'égide de l'Union africaine, s'inscrit dans cette logique en reconnaissant explicitement le droit des États de prendre des mesures d'expropriation pour des raisons d'intérêt public, tout en intégrant des considérations liées au développement durable.

L'exercice du droit de nationaliser demeure confronté à des contraintes importantes. La crainte de contentieux internationaux coûteux, les exigences d'indemnisation toujours élevées[37] et la dépendance aux

[34] M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 283.
[35] *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, sentence arbitrale du 19 janvier 1977, *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. IV, 1979, pp. 177 et s.
[36] *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, affaire CIRDI n° ARB/10/15, sentence du 28 juillet 2015.
[37] En effet, « [l]a complexité de la jurisprudence en matière d'indemnisation augmente les coûts et désavantage les pays qui n'ont pas la capacité interne de s'engager dans une argumentation détaillée sur les subtilités des différentes méthodes d'évaluation. La méthode DCF [*discounted cash flow* ou méthode des flux de trésorerie actualisés en français] est particulièrement complexe, car elle repose sur un ensemble complexe de prévisions et d'hypothèses imbriquées sur l'avenir de l'investissement pendant toute sa durée de vie. Les investisseurs étrangers plaident presque toujours en faveur de l'utilisation de cette méthode, car elle tend à conduire à des indemnités plus importantes. Les investisseurs requérants

investissements étrangers limitent, dans la pratique, la marge de manœuvre des États. Ces considérations renvoient à la question de savoir si une nationalisation devrait être subordonnée à une indemnisation préalable ou non, puisqu'il est établi en droit international coutumier qu'une indemnisation ne s'impose pas en cas de préjudice économique imputable à une réglementation non discriminatoire légitime entrant dans les limites du pouvoir de police d'un État. Une mesure publique est discriminatoire si elle entraîne un réel préjudice pour l'étranger et si elle a été adoptée dans l'intention de lui nuire, afin de favoriser les entreprises nationales. Cette réalité conduit à une évolution des formes d'intervention étatique, les nationalisations directes cédant progressivement la place à des mécanismes plus indirects de régulation.

Ainsi, la défense du droit de nationaliser par les États africains ne saurait être interprétée comme une remise en cause du droit international des investissements, mais plutôt comme une contribution à sa transformation. En réaffirmant la légitimité de cette prérogative souveraine tout en en précisant les conditions d'exercice, les États africains participent à la construction d'un régime plus équilibré, dans lequel la protection des investissements est conciliée avec les impératifs d'intérêt général et de développement.

Loin d'être de simples récepteurs des normes internationales, les États africains se sont affirmés comme de véritables acteurs dans l'évolution du droit des investissements. À travers leurs pratiques législatives, leurs positions doctrinales et leurs initiatives régionales, ils ont contribué à réorienter un système longtemps centré sur la seule protection des investisseurs vers un modèle plus équilibré. En définitive, l'Afrique participe activement à la consolidation d'un droit des investissements plus juste, où la sécurité juridique des investisseurs ne s'oppose plus à la souveraineté des États, mais s'articule avec les impératifs de développement économique et social. Cette dynamique, encore en construction, témoigne de l'émergence d'une vision renouvelée du droit international des investissements, à la fois plus inclusive et mieux adaptée aux réalités des pays en développement.

s'appuient généralement sur des consultants financiers spécialisés pour fournir des preuves d'expert à l'appui des évaluations qu'ils proposent. Les États d'accueil doivent donc engager leurs propres experts financiers pour réfuter les données de l'évaluation de l'investisseur. La complexité de la méthode DCF et le recours des parties à des témoins experts font grimper les frais de justice » (J. BONNITCHA, S. BREWIN, « L'indemnisation en vertu des traités d'investissement : quels sont les problèmes et qu'est-il possible de faire ? », *International Institute for Sustainable Development*, décembre 2020).

POSTFACE

Hugues KENFACK

Professeur agrégé des Facultés de droit
Président de l'Université Toulouse Capitole
Directeur du Précis Dalloz Droit commercial
Co-directeur du Dalloz Action Baux Commerciaux
Président du Curatorium de l'Académie Africaine de la Pratique du Droit International (AAPDI)

Une postface est désormais une « surprise » dans un ouvrage et sa définition diffère selon les cas. Il s'agit d'un texte ajouté à la fin d'un ouvrage, soit en guise de complément ou de conclusion, soit pour émettre un commentaire ou une explication.

Il m'est donc aujourd'hui donné l'immense honneur de conclure un ouvrage en hommage à mon collègue et grand frère, le Professeur Stéphane Doumbé-Billé, qui a tant marqué la doctrine française et africaine.

Toute conclusion, a-t-on écrit, est nécessairement partielle ou partiale. L'auteur qui la rédige s'expose nécessairement à plusieurs reproches que je vais tenter d'éviter en avouant mon parti pris : une conclusion en guise de reconnaissance et d'espoir d'une Afrique meilleure.

Reconnaissance envers tous les amis du professeur Stéphane Doumbé-Billé, qui ont pris sur eux de rédiger ce magnifique *Liber amicorum* dont le titre est lui-même un programme : « Regards africains sur les mutations du droit international : entre environnement, gouvernance et investissements ». Ces remerciements s'adressent également aux deux directeurs de cet ouvrage : la Professeure Catherine Maia et le Président de l'AAPDI, Maître Jean-Baptiste Harelimana. Extrêmement riche, cet ouvrage présente l'Afrique sous un jour à la fois positif et réaliste, en abordant ce qui constitue tout autant ses forces que ses faiblesses : l'immense richesse de son sous-sol et de son environnement, mais aussi ses problèmes de gouvernance, de souveraineté et de démocratie. Les regards croisés entre Africains de naissance, de sol et de cœur sont d'une très grande richesse.

Reconnaissance envers le Professeur Stéphane Doumbé-Billé pour tout ce qu'il a apporté à la doctrine juridique, montrant l'exemple à une grande diaspora africaine en Europe, mais aussi aux nombreux étudiants et doctorants dans le monde. Pour mémoire, ce grand maître a dirigé 49 thèses et a également été sollicité à de nombreuses reprises comme rapporteur ou membre de jurys de thèse. Ces thèses ont porté sur des sujets divers, largement au-delà de l'Afrique.

Espoir aussi que ce *Liber amicorum* et toutes les idées qu'il comporte ne restent pas uniquement entre universitaires ou même entre Africains, car le message est universel pour une Afrique et un monde meilleurs.

Enfin, les mots ne suffisent jamais à conclure un ouvrage consacré à un homme dont la pensée est diverse et riche. Comme l'a écrit Birago Diop, « les morts ne sont pas morts ». Le Professeur Stéphane Doumbé-Billé vit à travers son œuvre.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements 7

Avant-propos 9

Préface 13

PARTIE I.- ENVIRONNEMENT, CLIMAT ET RESSOURCES NATURELLES EN AFRIQUE 15

LE CONTINENT AFRICAIN FACE AUX MIRAGES DE LA CROISSANCE BLEUE 17

I.- La croissance bleue, nouvel avatar du développement durable 18

II.- Les *lessons learned* du cas seychellois 22

III.- Une stratégie destinée à être dupliquée 26

LE DIALOGUE TRANSNATIONAL COMME VECTEUR POTENTIEL DE LA CONSTRUCTION DE LA JUSTICE CLIMATIQUE DANS LES PETITS ÉTATS INSULAIRES EN DÉVELOPPEMENT DE L'AFRIQUE DE L'EST 33

I.- Le dialogue transnational des juges, un vecteur d'avancées juridiques dans les PEID africains 40

II.- Le dialogue transnational des juges, un vecteur de progrès social dans les PEID africains 50

DE LA RICHESSE MINIÈRE AU DÉVELOPPEMENT DURABLE : LA GOUVERNANCE DES MINERAIS STRATÉGIQUES EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO 61

I.- Secteur minier congolais : état des lieux 62

II.- Minerais stratégiques africains : transition énergétique et durabilité .. 72

PROTÉGER L'ENFANT À TRAVERS LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À UN ENVIRONNEMENT SAIN DANS LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS ET DU BIEN-ÊTRE DE L'ENFANT 81

I.- Protéger l'enfant contre les effets du changement climatique dans la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant 82

II.- Protéger l'enfant africain contre les effets du changement climatique dans les travaux du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant 92

ARBITRATION OF ENVIRONMENTAL AND CLIMATE DISPUTES IN AFRICA .. 99

I.- Investor-State environmental and climate dispute resolution 102

II.- Commercial disputes with environmental and climate aspects 106

LE TRANSPORT MARITIME EN AFRIQUE FACE AUX EXIGENCES DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN 113

I.- Les enjeux de la protection de l'environnement marin dans l'utilisation de la mer comme moyen de transport 115

II.- L'efficacité de la protection de l'environnement marin dans le cadre du transport maritime 125

PARTIE II.- GOUVERNANCE ENVIRONNEMENTALE, SOCIÉTÉ CIVILE ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE EN AFRIQUE 135

RÉFLEXIONS SUR L'IMPLICATION REMARQUÉE DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES DANS LES NÉGOCIATIONS DE CONVENTIONS ENVIRONNEMENTALES 137

I.- Appréciation relative à l'orientation des normes environnementales . 138

II.- Implications juridiques de la participation des ONG à l'opération normative 141

III.- Pratique de la démocratie participative dans le processus normatif . 147

LA PROBLÉMATIQUE DU CONTRÔLE DE L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES 151

I.- Un contrôle exercé par des organes politiques 154

II.- Un contrôle détaché de la réalité du système africain 158

INTÉGRATION SOUS-RÉGIONALE ET LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES ET DES BIENS : LE CAS DE LA CEMAC 163

I.- L'intégration sous-régionale en zone CEMAC : facteur indéniable de la libre circulation des personnes et des biens 167

II.- L'intégration sous-régionale en zone CEMAC : facteur fragile de la libre circulation des personnes et des biens 170

III.- L'intégration sous-régionale en zone CEMAC : facteur perfectible de la libre circulation des personnes et des biens 173

PERSPECTIVES AFRICAINES SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT À LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE 177

I.- Le contenu de la protection de la biodiversité par les DPI controversé 180

II.- L'autorité de la protection de la biodiversité par les DPI recherchée 187

PARTIE III.- INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX ET ARBITRAGE EN AFRIQUE 195

RATIONALISATION DE L'INTÉGRATION DES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT DANS LE PAYSAGE NORMATIF AFRICAIN 197

I.- Évaluation de l'intégration des AII dans le paysage normatif africain 198

II.- La structure des accords d'investissement 201

III.- Pistes de rationalisation des AII 212

AU-DELÀ DES ILLUSIONS : QUELLE PLATEFORME JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'OHADA ? 223

I.- Les principes directeurs en droit international de l'investissement 225

II.- Une évaluation du cadre normatif de l'OHADA en matière d'investissements 230

III.- Le rôle de l'OHADA dans l'appui à un plan communautaire d'investissement 237

LA TRANSPARENCE DANS L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT : L'APPORT DES TRAVAUX DE LA CNUDCI 241
I.- Un besoin de normes internationales harmonisées sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités 242
II.- Les normes de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités 248
III.- Les avantages des normes de la CNUDCI sur la transparence pour l'Afrique et le reste du monde 253

LA NATURE DU DROIT OHADA 259
I.- La controverse doctrinale sur la nature du droit de l'OHADA 260
II.- Classification du droit de l'OHADA dans un « tiers ordre » 264

LA CONTRIBUTION DE L'AFRIQUE À LA CONSOLIDATION DES PRINCIPES DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX 271
I.- La défense acharnée des principes de sauvegarde de la souveraineté. 275
II.- La réappropriation des principes de soumission des investissements aux lois des pays d'accueil 282

Postface 289

Table des matières 291

REGARDS AFRICAINS SUR LES MUTATIONS DU DROIT INTERNATIONAL : ENTRE ENVIRONNEMENT, GOUVERNANCE ET INVESTISSEMENTS

Liber amicorum en l'honneur du Professeur Stéphane Doumbé-Billé

Sous la direction de
Catherine MAIA et **Jean-Baptiste HARELIMANA**



EDIEC
ÉQUIPE DE DROIT INTERNATIONAL EUROPÉEN ET COMPARÉ
FACULTÉ DE DROIT - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON III

C. Maia et J.-B. Harelimana (dir.), Regards africains sur les mutations du droit international : entre environnement, gouvernance et investissements. *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Stéphane Doumbé-Billé*, Équipe de droit international, européen et comparé, collection « Les Cahiers de l'EDIEC » [en ligne], n° 5, 2026, 293 p. [http://ediec.univ-lyon3.fr/publications/les-cahiers-de-lequipe-de-droit-international-europeen-et-compare/]