



AVIS N° 001/2000

DU 2 Février 2000

Dossier n° 6-99

**DEMANDE D'AVIS DE LA COMMISSION DE L'UEMOA
PORTANT SUR
LE PROJET DE CODE COMMUNAUTAIRE DES INVESTISSEMENTS DE L'UEMOA**

Le Président de la Commission de l'UEMOA, par lettre n° 99-144/PC/CJ en date du 19 Novembre 1999, conformément aux dispositions de l'article 27 alinéa 2 des Statuts de la Cour de Justice, a sollicité l'avis de la Cour de Justice sur le projet de Code Communautaire des Investissements de l'UEMOA.

La Cour, siégeant en Assemblée Générale Consultative sous la présidence de Monsieur Yves D. YEHOUESSI, son Président, sur rapport de Monsieur Mouhamadou Moctar MBACKE, Juge à la Cour et en présence de Messieurs :

- Martin Dobo ZONOU, Juge à la Cour
- Youssouf ANY MAHAMAN, Juge à la Cour
- Malet DIAKITE, Premier Avocat Général
- Kalédji AFANGBEDJI, Avocat Général

et assistée de Monsieur Raphaël P. OUATTARA, Greffier de la Cour, a examiné en sa séance du 2 Février 2000, le projet de texte portant de Code Communautaire des Investissements de l'UEMOA et a émis les avis et recommandations suivants :

LA COUR

- Vu le Traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) en date du 10 Janvier 1994 ;
- Vu le Protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA ;
- Vu l'Acte Additionnel n° 10/96 portant Statuts de la Cour de Justice de l'UEMOA



- Vu le Règlement n° 01/96/CM portant Règlement de Procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA ;
- Vu le Règlement Administratif de la Cour de Justice de l'UEMOA en date du 9 Décembre 1996 ;
- Vu la demande n° 99-144/PC/CJ du 19 Novembre 1999 du Président de la Commission de l'UEMOA ;

SUR LA FORME

La demande d'avis est recevable, étant conforme aux textes en vigueur en la matière.

SUR LE FOND

L'avis de la Cour s'articule autour de deux axes : les observations générales et les observations particulières

I - OBSERVATIONS GENERALES

Le projet de Code soumis se caractérise fondamentalement par :

- 1) ses dispositions attractives pour les éventuels investisseurs qui peuvent être séduits par les garanties, libertés et droits assurés.
- 2) sa tendance égalisatrice en ce que peuvent offrir les Etats notamment dans le domaine fiscal où un taux maximum d'exonération est consenti et ce, dans des conditions strictes à remplir par l'investisseur, à peine de retrait de l'agrément.

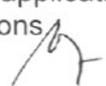
Ce n'est donc que sur cette base juridique uniforme pour tous les Etats membres que chaque Etat pourra conclure un accord d'établissement avec tout investisseur national ou étranger.

Toutefois, ce dispositif économique-juridique peut susciter des interrogations :

- 1) La notion d'investissement telle que définie à l'article 1 peut englober les opérations de privatisation en cours dans les Etats membres et qui concernent des entreprises publiques souvent mal en point et auxquelles les Etats réservent un sort particulier sur la base d'actes législatifs ou réglementaires, pour mieux les vendre ou les placer en des mains plus expertes. L'investissement de l'acquéreur de l'entreprise dans ces cas peut obéir à des règles qui ne sont pas forcément celles décrites dans le présent projet, lesquelles peuvent être trop restrictives sinon inadaptées au contexte de la privatisation.
- 2) En général l'investissement, surtout dans les rapports nord-sud, s'accompagne d'un transfert concerté de technologie, apport qui dans les rapports de coopération peut constituer l'aspect le plus important ; c'est dire donc que la mention de cet objectif peut être un rappel déterminant dans le contexte d'un code des investissements.
- 3) Les dispositions du titre IV relatives au règlement des différends méritent une attention particulière parce que

- 
- a) elles semblent ignorer que l'arbitrage est un mode de règlement juridictionnel de droit privé des litiges et est basé sur l'autonomie de la volonté des parties à la convention d'arbitrage ; ce qui exclut le passage obligatoire à un mode de conciliation (ou de médiation) ;
- b) en raison de l'exigence d'uniformité dans l'interprétation et l'application du droit communautaire, la Cour de Justice de l'UEMOA a l'exclusivité du règlement des litiges portant sur l'interprétation ou l'application de ce droit communautaire ;
- c) les organes comme la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) sans parler de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) ou les centres nationaux d'arbitrage comme ceux créés récemment à Dakar et Abidjan, ne sont pas des juridictions mais organisent conformément à leurs règlements d'arbitrage respectifs des procédures appliquées par des arbitres librement désignés par les parties alors que les juridictions comme la Cour de Justice de l'UEMOA et la Cour de Justice de l'OHADA en tant que juridictions de droit public exercent des compétences exclusives, l'une en matière de droit communautaire, l'autre en matière d'actes uniformes sans du reste que des compétences concurrentes et accidentelles ne soient totalement exclues ;
- d) les règlements d'arbitrage cités plus haut (OHADA, CIRDI) comme tous les autres règlements ont prévu une procédure préalable de conciliation qui leur est propre. Ce recours pré-contentieux ne peut être que discrétionnaire et nullement obligatoire. La Commission est statutairement un organe dont les compétences limitées par l'article 16 du Traité ne peut, sans risquer la violation du Traité, s'ériger en une instance de règlement même conciliatoire de litiges, son rôle aux termes du Traité consistant parmi tant d'autres fonctions à veiller à l'application du droit communautaire et à en relever les manquements et non à rapprocher les Etats avec leurs co-contractants en matière d'investissement. Cette fonction de règlement pré-contentieux peut parfaitement être envisagé par les parties selon leur volonté souveraine, une conciliation ne pouvant dans ce cas d'espèce être obligatoire ;
- e) la coexistence dans le présent texte, de lois uniformes de l'OHADA et du droit communautaire de l'UEMOA va poser des problèmes de contrariétés de décisions voire de base juridique, s'il ne s'agit de conflits de compétence entre la Cour de Justice de l'UEMOA et celle de l'OHADA. Mieux, lorsqu'il est question de régler les litiges nés ou à naître de l'application de ce projet de code par la voie de l'arbitrage, juridiction privée, le droit de recourir au renvoi préjudiciel peut ne pas être recevable devant la Cour de l'UEMOA. En outre on peut se demander si la Cour de l'OHADA peut statuer en tant que juridiction de cassation dans des cas d'espèce où c'est le droit communautaire qui est en cause sans se référer à la Cour de Justice de l'UEMOA. En effet, elle ne peut saisir la Cour de Justice de l'UEMOA en renvoi préjudiciel parce qu'elle n'est pas une juridiction nationale. D'autre part, la Cour de Justice de l'UEMOA peut elle englober dans le droit dérivé communautaire les actes uniformes de l'OHADA dont le Traité, il est vrai, est ratifié par tous les Etats membres de l'UEMOA ? Dans ce cas que dire de l'exclusivité de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA dans l'application et de l'interprétation des actes uniformes prévue par l'article 14 du Traité ? La même exclusivité étant réservée à la Cour de Justice de l'UEMOA en ce qui concerne l'interprétation et l'application du droit communautaire issu des organes compétents de l'Union.

Le projet de texte faisant à la fois référence et aux actes uniformes de l'OHADA et au droit communautaire de l'UEMOA, un cas d'espèce comprenant l'application des deux ordres juridiques, serait de nature à mettre en opposition les deux juridictions





En conclusion, le mode de règlement par voie arbitrale des litiges nés de l'application du projet de code soumis, qui a pour particularité de faire appel à des garanties d'impartialité, à cause notamment de la nationalité étrangère des investisseurs significatifs, conduit effectivement à l'adoption d'un mode de règlement par une justice privée parce que conçue et organisée selon le vœu des parties, même si dans le cas d'espèce le contrôle de l'uniformité de l'application et de l'interprétation du droit communautaire applicable va échapper à la Cour de Justice de l'UEMOA. Toutefois cette dernière pourra être incidemment saisie en recours préjudiciel si le tribunal arbitral compétent à recours aux juridictions des Etats membres conformément à la loi du contrat. En somme, rien ne s'oppose à ce que les litiges nés de ce code soient de la compétence de droit commun des juridictions nationales, sous réserve de compromis ou de clauses compromissaires qui dessaisissent les juridictions d'Etat en faveur d'une justice privée.

II - OBSERVATIONS PARTICULIERES

Sur les visas

Les deux derniers visas portant sur le CIRDI et l'OHADA en tant qu'organes d'arbitrage paraissent inutiles parce que ce ne sont pas les seuls règlements d'arbitrage auxquels les Etats et les investisseurs peuvent recourir, d'autre part, il n'est pas habituel dans des textes de viser des règlements d'arbitrage qui relèvent du reste du libre choix des parties.

Sur les définitions

La notion d'accord d'établissement visé à l'article 20 n'est pas définie. Il s'agit d'une convention définissant les droits et obligations réciproques de l'Etat hôte et de l'investisseur.

Article 2 :

La dénomination portée par le titre ne correspond pas à celle retenue dans le présent article.

Cet article mérite une reformulation qui pourrait être la suivante :

"Le présent code dénommé "Code Communautaire des Investissements de l'UEMOA s'applique uniformément, sous réserve des dispositions de l'article 3 ci-après, sur toute l'étendue du territoire communautaire à tout investissement y effectué et ce, quels que soient la nationalité de l'investisseur et le secteur de l'investissement".

Article 3 :

Cet article pourrait être reformulé ainsi qu'il suit :

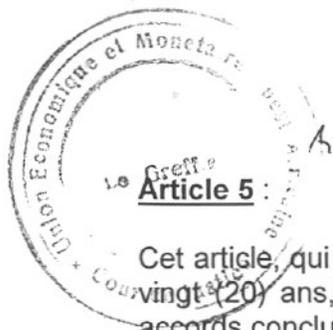
"En attendant l'intervention des mesures communautaires d'harmonisation des législations dans ces domaines, prévues dans le cadre de l'Union, les exploitations minières, pétrolières et forestières restent régies par le droit national des Etats membres".

Article 4 :

a) 3^e alinéa, 1^{ère} ligne :

Lire : "Dans un délai de deux mois à compter de la date de la notification de la requête"





Cet article, qui limite la validité des liens juridiques entre ces entreprises et les Etats membres à vingt (20) ans, est à rapprocher des dispositions de l'article 28 qui prévoient le maintien des accords conclus et les agréments, antérieurs au code jusqu'à leur terme conventionnel.

Il y a lieu de souligner à ce propos que les avantages consentis par l'Etat hôte aux investisseurs peuvent reposer sur les traités bilatéraux portant sur la promotion et la protection des investissements conclu entre l'Etat hôte et l'Etat de l'investisseur ; ce qui nous ramène aux dispositions de l'article 14 du Traité de l'Union.

Article 6 :

Alinéa 2, 4^e ligne :

Les mentions des articles 21 et suivants ne paraissent pas appropriées, les indemnisations pouvant avoir lieu de manière non contentieuse, l'application des dispositions des articles 21 et suivants relatifs au règlement des différends n'est qu'une éventualité et n'est pas la forme normale d'indemnisation.

Cet alinéa peut s'arrêter après les termes : "sauf pour cause d'utilité publique légalement prévue".

Article 16 :

L'alinéa 2, 2^{ème} ligne prévoit, après expiration des délais de réponse, l'octroi d'un agrément, ne contenant pas les avantages particuliers consentis ; il conviendrait de donner la faculté à l'administration de régulariser l'agrément implicite par un document complémentaire contenant les avantages particuliers auxquels l'investisseur peut prétendre en droit, à défaut, le détenteur d'un agrément implicite n'est pas dans une situation comparable à celui qui a été dûment agréé.

Article 17 :

Le fait de viser dans un règlement communautaire les règles statutaires et légales de l'OHADA ne fait-il pas de ce texte un acte d'intégration dans le droit communautaire, en d'autres termes, ne s'agit-il pas d'une immixtion dans un ordre juridique autonome ?

En tout état de cause, cette coexistence ou référence dans le même code à des dispositions des deux Traités autonomes l'un par rapport à l'autre est de nature à créer des ambiguïtés juridiques dans l'interprétation et l'application du présent code.

C'est du reste le lieu de souligner la nécessité d'une concertation des deux organisations l'UEMOA et l'OHADA en vue d'une coordination et de leur politique normative et de leur juridiction respective qui exercent leur contrôle juridictionnel sur les mêmes juridictions des Etats membres et dans des domaines qui ne sont pas nettement délimités.

Article 18 :

a) Alinéa 1^{er}, 3^e ligne :

Lire : "...suspendu en vertu d'une mesure législative, judiciaire ou administrative", au lieu de "... par la loi, le juge ou d'administration"



Article 19 :

Les dispositions de cet article créant les Centres de Promotion des investissements (CPI) et organisant leurs attributions et leurs règles de fonctionnement dans l'acte communautaire même qui est le règlement portant code des investissements, peut prêter à équivoque, en ce sens que ces organismes peuvent être interprétés comme de nature communautaire alors qu'il s'agit de services publics de droit interne. Le recours à la directive paraît plus heureux parce qu'il permet à chaque Etat membre de prendre des actes de transposition créant son centre avec les mêmes attributions et les mêmes règles de fonctionnement et dans le cadre de son organisation administrative.

TITRE IV : Articles 20 et suivants

Ces articles ont déjà fait l'objet d'observations générales relatives à la conception du règlement des différends nés du présent code. Les observations qui suivent ne font que compléter ce qui a été dit plus haut.

Article 20 :

Cet article devra être totalement revu. Il adopte des procédures de règlement dites graduelles passant par la médiation obligatoire de la Commission avant toute autre procédure, tout en offrant une variété de recours où des juridictions inter-étatiques comme la Cour de Justice de l'UEMOA partagent leurs compétences avec des organisations d'arbitrage.

Comme il a été relevé dans les observations générales, le mode de règlement des litiges nés de ce code peut relever des juridictions de droit public (juridictions nationales et Cour de Justice de l'UEMOA) à cause du caractère communautaire du code, et pour renforcer l'impartialité dans le règlement du litige, il est donné la faculté aux Etats membres et à leurs co-contractants investisseurs de recourir à l'arbitrage international selon les règlements d'arbitrage de leur choix (qu'il n'y a du reste pas lieu de citer) ; ce qui dessaisit la Cour de Justice de tout contrôle juridictionnel dans l'interprétation et l'application du code sauf dans les cas limites où les tribunaux arbitraux ont recours aux juridictions nationales pour la prise de certaines mesures provisoires ou le cas où les parties à l'arbitrage agissent devant les juges nationaux en exequatur de sentences arbitrales définitives. Dans ces derniers cas, les recours préjudiciels peuvent accidentellement être utilisés dans le cadre de ces procédures somme toute formelles.

Article 21 :

Cet article relatif à la médiation d'office de la Commission pose le problème :

- 1) de la compétence de la Commission à exercer une telle attribution,
 - 2) de celui du respect de la volonté des parties à recourir à un médiateur et conciliateur dans le cadre d'un contentieux arbitral,
 - 3) de la composition du comité de conciliation qui en définitive n'est pas une émanation de la Commission,
 - 4) de l'exclusion des organes de conciliation prévus dans les règlements d'arbitrage cités.
- 



Article 22 :

Les mêmes observations faites en ce qui concerne les dispositions de l'article 20 peuvent valoir pour celles de cet article ; ni le Protocole additionnel portant contrôle juridictionnel ni les Statuts de la Cour, ni son Règlement de Procédures ne permettent de soumettre la recevabilité d'un recours contre un acte communautaire à un préalable de médiation de la Commission. Par ailleurs les juridictions arbitrales assurant une justice privée, le contrôle juridictionnel de la Cour de Justice ne peut être exercé directement sur elles.

En conclusion, s'agissant de différends de nature économique entre les Etats membres personnes publiques et des investisseurs personnes physiques ou morales de droit privé, il convient de laisser la faculté aux parties en cause de s'adresser soit aux juridictions nationales, juges de droit commun même en matière communautaire (avec possibilité du renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice de l'UEMOA), soit de recourir par clause compromissoire ou compromis à un règlement arbitral de leur choix.

Article 23 :

Cet article peut ne pas figurer dans ce texte, le recours en manquement des Etats membres étant réglé dans toutes ses phases par le Traité constitutif de l'UEMOA ; l'alinéa 2 de l'article relatif au préalable de médiation de la Commission est contraire au Traité précité ; le recours en manquement a un objet autre, de contrôle objectif et interne à l'Union des engagements des Etats membres, il ne concerne pas les personnes de droit privé comme les investisseurs dans leurs relations avec les Etats.

Article 27 :

Cet article semble établir une procédure propre d'élaboration ou de modification du règlement portant code des investissements, ce qui peut être une remise en cause de l'élaboration des actes communautaires telle qu'elle relève du Traité de l'UEMOA.

Il est vrai qu'en matière de textes portant protection et promotion des investissements, il est souvent prévu à titre préventif des clauses de stabilité et même d'intangibilité des mesures juridiques prises en faveur de l'investisseur, clauses qui sont à la limite du respect de la souveraineté des Etats.

Article 28 :

Lorsqu'il s'agira de Traités bilatéraux signés entre Etats en matière de promotion et de protection des investissements, c'est plutôt les dispositions de l'article 14 du Traité de l'UEMOA qui devront trouver application comme dit plus haut à l'article 5.

Article 29 :

Les mesures nouvelles prévues à la charge de la Commission ne sont pas conformes au Traité.

Article 30 :

Les mesures de "notification" prévues sont inutiles et inhabituelles en l'espèce ; les dispositions de publication suffisent.

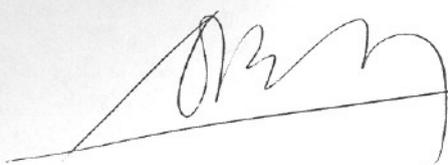
Et ont signé le Président, le Rapporteur et le Greffier.

Suivent les signatures illisibles

Pour copie certifiée conforme délivrée le 14 Avril 2000

Le Greffier

Pour Copie Conforme.
Ouagadougou, le 14 AVR 2000
LE GREFFIER
Raphaël P. OUATTARA



Raphaël P. OUATTARA

